

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE CURRICULUM DIRITTO AMMINISTRATIVO



**LE CONCESSIONI DI SPL A RILEVANZA ECONOMICA:
I PRINCIPI EUROPEI DELL'EVIDENZA PUBBLICA NELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

**DOTT.SSA ELISA GRILLO
MATR. 734615**

XXV CICLO - ANNO ACCADEMICO 2012 / 2013

Indice Sommario

Parte I.....	1
I. Premessa: delimitazione del campo di indagine.	1
II. La concessione di servizio pubblico: profili storici della nozione di concessione.....	2
III. Segue: la nozione di servizio pubblico, specie nella sua dimensione locale.....	7
IV. Segue: la nozione di servizio pubblico locale: elementi essenziali ed evoluzione normativa.....	17
V. Segue: la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica tra esigenze di liberalizzazione e di realizzazione di un sistema di concorrenza nel mercato.	21
VI. Conclusioni precarie.....	28
Parte II.....	31
I. Premessa.....	31
II. La nozione di servizio di interesse economico generale: profili e questioni generali.	31
III. Primo elemento: il servizio di natura economica.	39
IV. Secondo elemento: l'interesse generale alla prestazione.	41
V. Prudente soluzione ai quesiti posti: i Sieg, altra cosa rispetto ai servizi europei dell'art. 57 TFUE, paiono assimilabili ai servizi pubblici come intesi nell'accezione nazionale soggettiva.....	47
VI. L'affidamento <i>in house</i> di Sieg.	59
VII. La concessione di pubblici servizi nell'ordinamento europeo.....	64
VIII. Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici: criteri distintivi nazionali ed europei.....	66
IX. Il rischio di gestione e l'instabile equilibrio con il regime europeo degli aiuti di Stato.	74
X. Prospettive europee in tema di concessioni (di servizi di interesse economico generale).	89

Parte III.....	93
I. Premessa.....	93
II. L'art. 23 <i>bis</i> d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e successive modificazioni e l'obbligo della privatizzazione dei servizi di rilevanza economica.	99
III. L' <i>input</i> alla liberalizzazione nel d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168.	102
IV. I principali dubbi di legittimità costituzionale nell'assetto delineato nel biennio 2008-2010.....	104
V. I quesiti referendari tra il vaglio della Corte costituzionale ed il frantendimento popolare.	108
VI. L'esito referendario e la volontà legislativa successiva: la somma di più frantendimenti.	112
VII. Il vaglio di legittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 138/2011 e successive modificazioni.....	115
VIII. Conclusioni e prospettive normative.	124
Parte IV.....	126
I. Premessa.....	126
II. I principi generali del diritto amministrativo europeo della concorrenza.	130
III. L'interesse transfrontaliero, ovvero la rilevanza della concessione per il mercato interno.....	134
IV. Principio di parità di trattamento e non discriminazione, <i>sub specie</i> di pubblicità dell'affidamento.	138
V. La pubblicità dell'affidamento per il giudice nazionale nel contesto del Codice dei contratti pubblici.....	145
VI. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di specificazione dei criteri di selezione e dei criteri di aggiudicazione.....	148
VII. La pubblicità degli elementi essenziali della selezione nella legislazione e nella giurisprudenza nazionale.	152
VIII. Il principio di parità di trattamento, <i>sub specie</i> di non discriminazione nella limitazione del numero dei partecipanti.....	156

IX. Il principio di parità di trattamento, <i>sub specie</i> di tassatività delle cause di esclusione, nel diritto nazionale.	161
X. Il principio di parità di trattamento ed i criteri di aggiudicazione delle concessioni di servizi pubblici locali.....	167
XI. Il principio di parità di trattamento, <i>sub specie</i> di trasparenza ed obiettività, nella scelta del criterio di aggiudicazione delle concessioni di servizi pubblici.	172
XII. Il principio di proporzionalità e la preclusione alla partecipazione.	175
XIII. Ulteriori applicazioni giurisprudenziali dei principi generali di parità di trattamento, trasparenza ed imparzialità: la commissione giudicatrice nelle procedure di affidamento di concessioni di servizi pubblici locali.	178
Conclusioni	189
Bibliografia	195

Parte I

I. Premessa: delimitazione del campo di indagine.

La tematica delle concessioni di servizi pubblici locali di rilevanza economica presenta ancora oggi indubbia attualità ed interesse, sebbene da oltre un secolo abbia formato terreno di confronto della più autorevole dottrina e della giurisprudenza amministrativa; ciò che, anzi, ne ha arricchito la complessità al punto da consentire, a chi oggi si avvicini allo studio della materia, di considerarla come un microcosmo del diritto, non più solo amministrativo, bensì anche europeo, costituzionale e commerciale.

Palese, infatti, è la trasversalità dell'istituto e delle incessanti problematiche che ne caratterizzano la natura, la disciplina, le situazioni giuridiche coinvolte ed i rapporti nascenti, tanto che risulterebbe oggi impresa a dir poco ambiziosa il tentativo, probabilmente vano, di racchiuderne anche solo sommariamente la sostanza in un'unica trattazione. Simili, e forse ovvie, considerazioni giustificano la forte delimitazione dell'ambito di indagine del presente studio, nel corso del quale, pur muovendo da fondamenta tanto consolidate quanto in diversi casi soggette a costante rivisitazione, ci si concentrerà sulla disciplina dell'affidamento della concessione in esame mediante gara, cercando di enucleare i principi generali della materia anzitutto dalla giurisprudenza europea sugli appalti e sulle concessioni per poi approdare successivamente all'analisi dell'elaborazione pretoria interna sul punto: una disamina questa sorretta dall'obiettivo ultimo di ricercare quali norme del codice dei contratti pubblici costituiscano effettiva espressione di tali principi europei come nazionali e che debbano, per ciò solo, considerarsi applicabili anche alle concessioni di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Benché, per intraprendere il percorso, sia indispensabile passare per l'insidiosa via della ricostruzione delle nozioni di concessione e di servizio pubblico locale, in questa sede lo spazio a ciò dedicato non potrà che essere minimo e, pertanto, insufficiente anche solo a dare conto dell'esistenza di tesi, opinioni ed importanti passaggi che hanno segnato l'evoluzione di due tra gli istituti maggiormente irrisolti del diritto. Le premesse dello studio non potranno, quindi, che dare per scontati numerosi punti di approdo di una tribolata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, per approfondire i quali si rinvierà puntualmente agli Autori che nel tempo e meglio di altri hanno saputo incasellare le tessere di questo enorme mosaico.

II. La concessione di servizio pubblico: profili storici della nozione di concessione.

La locuzione concessione di servizio pubblico si compone di due concetti la cui singola evoluzione sarebbe da sola sufficiente a riempire le pagine di numerosi volumi e che, per ovvie ragioni di organicità e sintesi del presente lavoro, è necessario trattare sinteticamente e separatamente, esaminando dapprima la nozione di concessione e successivamente quella di servizio pubblico, in particolare nella sua dimensione locale.

Lo strumento concessorio, presente nell'azione amministrativa sin dall'epoca preunitaria, acquisisce un ruolo centrale nelle nuove dinamiche dello Stato unificato e, nutrito dal semprevivo lavoro della giurisprudenza e della dottrina amministrativista, lo conserva sino ai nostri giorni.

Si rammenta¹, in un tortuoso percorso, una prima fase conclusasi solo intorno al 1880 in cui prevalente fu la posizione espressa dalla giurisprudenza

¹ Fondamentali le pagine di D'Alberti M., *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, spec. Cap. I, II e III; sempre

in ordine alla qualificazione contrattual-civilistica della concessione, cui la dottrina del tempo aderì presto senza troppe riserve. Preminenti apparivano le ragioni di tutela dei privilegi e degli interessi dei privati che mettevano a disposizione dell'amministrazione i capitali occorrenti per la realizzazione delle nuove opere e per la gestione di servizi, in un'ottica decisamente economica e ancora pregiuridica².

Successivamente una seconda fase, durata fino al primo decennio del secolo scorso, in cui apparivano maggiormente condivise le conclusioni cui la dottrina³ inaugurata da Mantellini, seguita da Orlando, Ranelletti e Santi Romano, sembrava essere approdata. Una forte e pressoché compatta concezione unilateral-pubblicistica permeava gli scritti della scuola classica senza, tuttavia, riscontrare il seguito della giurisprudenza, ancorata alla dimensione privatistica dello strumento concessorio sino ai primi anni del Novecento⁴. Sarà riconducibile alla Corte di cassazione⁵ il primo e, con la

D'Alberti M., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur. Trecc.*; cfr. inoltre Sorace D.-Marzuoli C., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. Dir.*

Cfr. inoltre Romano A., *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu G., Romano A., Spagnuolo Vigorita V., Milano, 1995, 14; nello stesso volume si legga Pericu G., *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, 83 ss e 102 ss. e Bruti Liberati E., *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, 151.

² Così fu, per esempio, per il trasporto su ferrovia, affidato mediante concessione all'industria privata e nazionalizzato nel 1905 con l'istituzione dell'azienda autonoma Ferrovie dello Stato. Cfr. Ingratoci C., *L'accesso all'infrastruttura ferroviaria e gli obblighi di servizio pubblico*, in *Codice dei trasporti* a cura di Tullio L.-Deiana M., Milano, 2011, 331.

³ Si leggano le pagine di Mantellini G., *Lo Stato e il codice civile*, II, Barbera ed., 1882, 504 ss; Ranelletti O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, 7 ss; Romano S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, soc. ed. libraria, 1918, 195 ss; Romano S., *Diritto amministrativo*, Padova, 1930, 188 ss; Ranelletti O., *Istituzioni di diritto pubblico: il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova-Milani, 1931, 497.

⁴ Si rammenta come, nella ricostruzione storica di D'Alberti, le ragioni addotte a sostegno della qualificazione privatistica fossero spiccatamente economiche, venendo in rilievo principalmente l'esigenza del tempo di assicurare una salda tutela degli interessi dei privati investitori indispensabili alla pubblica amministrazione concedente; al contrario ideologica sarebbe la spiegazione della qualificazione pubblicistica della concessione, considerato il forte bisogno dello Stato autorità di affermare e consolidare il risultato dell'unificazione a livello giuridico-amministrativo attraverso la disponibilità di strumenti unilaterali ed imperativi.

⁵ Corte di Cassazione, 12 gennaio 1910, in *Riv. Dir. comm.*, 1910, 248, dove si legge che "considerati analiticamente sono nella loro essenza negozi distinti che si congiungono: il primo si attua e si realizza nell'altro, ma può anche non essere accompagnato dalla stipulazione di un contratto. All'accettazione del concessionario, che rappresenta rispetto all'atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e di svolgersi. Questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, indipendentemente da ogni vincolo

coscienza odierna, l'ultimo grande approdo concettuale in ordine alla natura delle concessioni, poiché è in quella sede che per la prima volta venne delineata la figura del contratto privatistico accessivo al provvedimento amministrativo (la c.d. concessione-contratto). Alla luce di questa qualificazione, inaugurata con riferimento alle concessioni sul demanio marittimo, si confermava, dunque, che la concessione fosse sì un provvedimento amministrativo unilaterale, accompagnato però da un contratto di diritto privato. Una figura complessa⁶ ben presto estesa anche all'ambito dei servizi pubblici, così come dei beni e delle opere pubbliche, ma destinata ad incontrare a lungo le resistenze della dottrina⁷.

L'identificazione della concessione nel senso appena visto implicava, però, solo apparentemente il raggiungimento di una soluzione intermedia tra le tesi "estreme" fino ad allora sostenute poiché, con la presenza di un contratto nella fattispecie, le soluzioni ai problemi più spinosi - tra cui il riparto di giurisdizione e la revoca ad esempio - si sbilanciarono nettamente a favore delle conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza con la tesi privatistica⁸.

convenzionale, ma può, senza ostacolo legale, formare oggetto di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di contraente. In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie violazioni contrattuali e azioni *ex contractu* per ripararle. Ma anche nella prima ipotesi, sia pure che non si tratti di un vincolo contrattuale nella sua essenza operatosi per l'accettazione da parte della volontà individuale del concessionario, sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici, le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziali".

⁶ Che anzitutto alimentò l'annoso e irrisolto dibattito sulla figura del contratto di diritto pubblico, per la cui ricostruzione puntuale si rinvia a Civitarese Matteucci S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997 e ai contributi dottrinali ivi citati.

⁷ Non solo divisa in merito alla divisibilità della tesi pretoria, ma anche, laddove vi fosse uno spiraglio, in merito all'oggetto del contratto nel quale venivano sostanzialmente relegati solo i contenuti strettamente patrimoniali del rapporto.

⁸ Secondo i criteri di riparto dell'epoca, spettava comunque al giudice ordinario conoscere delle vicende proprie dell'esecuzione del rapporto concessorio; quanto alla revoca invece, giova ricordare che, al di là delle specifiche previsioni legislative, la giurisprudenza (insieme alla dottrina più aperta) giunse ad ammetterla solo per ragioni di interesse pubblico e per inadempimenti gravi del concessionario, escludendo la cosiddetta revocabilità *ad nutum* strettamente connessa alle tesi unilaterali-pubblicistiche e spostando la giurisdizione di nuovo verso il giudice ordinario.

Per completezza si osserva che, anche tenendo ferma la tesi del doppio grado, queste conclusioni sono destinate a mutare per volontà del legislatore; infatti, preceduta da scelte pretorie sempre più decise, l'art. 21 *quinquies* l. 7 agosto 1990 n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, ha ancorato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo qualsiasi vicenda inerente alla revoca di provvedimenti amministrativi di durata (le concessioni, tipicamente). Con precipuo riferimento alle concessioni di servizi come successivamente individuate dall'art. 30 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, si tenga poi presente che, mediante il rinvio di quest'ultimo all'art. 244 sulla giurisdizione, il legislatore finiva per

Quanto alla dottrina, i maggiori studiosi inizieranno ad avvicinarsi solo in epoca fascista al compromesso giurisprudenziale senza mai abbandonare la centralità del momento pubblicistico della vicenda concessoria e sostenendo in modo fermo, pur se diversamente argomentato, la natura secondaria e solo strumentale del contratto⁹.

Soltanto il secondo dopoguerra vedrà sostenute con maggiore convinzione tesi vicine a quella del c.d. doppio grado nel senso che, muovendo dal riconoscimento della costruzione complessa della fattispecie, finiranno per ammettere l'esistenza di un negozio di diritto privato, accessorio ma allo stesso tempo distinto dal provvedimento, cui riservare i contenuti prettamente economici del rapporto. La nuova tendenza dottrina, di impronta guicciardiana¹⁰ e inaugurata da F. Gullo¹¹, trovò fortuna tra i maggiori studiosi

attribuire al giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva la cognizione di tutte le vicende inerenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici per poi modificare ulteriormente il quadro con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, avvenuta col d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Quest'ultimo, infatti, (cui l'attuale art. 244 cit. fa riferimento) contempla all'art. 133 comma 1, lett. a, n. 4) la giurisdizione del giudice amministrativo per la determinazione e corresponsione dell'indennizzo fondato sulla revoca anche, evidentemente, quando si tratti di provvedimenti di concessione di servizi. Inoltre, sempre per ribadire la giurisdizione amministrativa laddove si tratti di revoca in materia, ricade nella giurisdizione esclusiva anche la vicenda risarcitoria, a titolo di responsabilità precontrattuale, originata dall'esercizio legittimo del potere di revoca accompagnato da comportamento illecito della PA (art. 133, comma 1, lett. c), cit.).

Si segnala che, ad avviso di una recente linea interpretativa della Suprema corte, vi sarebbero tuttavia delle ipotesi di giurisdizione ordinaria a fronte di controversie inerenti a provvedimenti concessori cessati per effetto di scadenza o di definitiva risoluzione della concessione stessa (e non anche per effetto di provvedimento di autotutela o di risoluzione in danno di cui fosse contestata la legittimità). Cfr. in particolare Corte di Cassazione, S.u., 7 marzo 2011, n. 5354.

⁹ *Ex multis*, decisa ma isolata rimase la proposta audace del contratto di diritto pubblico nella categoria degli atti amministrativi non imperativi di Forti U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, 369; una tesi, secondo Civitarese Matteucci, *Contributo*, cit., 43, condivisa almeno in parte anche da De Valles A., *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Dir. e Giur.*, Napoli, 1912, 73 s.s. il quale tuttavia percepisce nettamente la distinzione del momento pubblicistico dal momento privatistico; la tesi di De Valles si fonda sull'individuazione di un solo atto, "l'atto composto di due diverse manifestazioni di volontà con distinti effetti giuridici, l'una di carattere unilaterale e volta all'istituzione del servizio e ad attribuire al privato i poteri propri dell'amministrazione, l'altra di carattere contrattuale concernente la regolamentazione del servizio da svolgere", così allontanandosi da Forti ma avvicinandosi alle tesi giurisprudenziali successive; Miele G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 31 ss; invece restano ancorati all'impostazione classica Romano S., *Principi*, cit., 194; successivamente Zanobini G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Tratt. Orlando*, II, Milano, 1935, 235.

¹⁰ Guicciardi E., *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova, 1936, 109 ss, la cui opera rema in senso nettamente contrario alla tendenza del momento, favorevole all'ammissibilità della figura del contratto di diritto pubblico, sulla base della convinzione di intrinseca incompatibilità tra lo strumento negoziale ed il potere amministrativo (specie quello di autotutela). La tesi troverà

che a quell'epoca si cimentarono con la tematica. A partire da Giannini, a seguire con Ledda¹² e molti altri, l'impostazione del doppio grado, benché diversamente argomentata, fu seguita senza grandi resistenze e segnò l'avvicinamento dei binari su cui giurisprudenza e dottrina avevano viaggiato a lungo in opposte direzioni.

Generalmente condivisa rimarrà la critica di una indiscriminata estensione della categoria ad una moltitudine di fattispecie concessorie¹³ non dotate invero dei medesimi aspetti strutturali, ma la questione, benché interessante, richiederebbe approfondimenti esorbitanti dall'oggetto del presente studio.

In ordine alla natura dello strumento si aggiunga solamente che l'assetto così delineato, pur ripreso e approfondito da apprezzabili studi successivi, non incontrerà ulteriori stravolgimenti; ciò che spiega la mancanza in letteratura di contributi organici recenti e che ha lasciato spazio piuttosto a riflessioni, approfondimenti e innovazioni su singoli aspetti e problematiche, aprendo la strada a quello che, con accenti forse eccessivi, D'Alberti già sul finire dello scorso secolo definì "un progresso senza avventura".

conforto solo nella dottrina degli anni '60, che si opporrà con decisione alla figura del contratto di diritto pubblico. Cfr. anche Virga P., *Il provvedimento amministrativo*, 1972, 138.

¹¹ Gullo F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

¹² Giannini M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 350; Ledda F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo: contributo ad uno studio dei cd contratti di diritto pubblico*, Torino, 1964.

¹³ Secondo la definizione che ne darà Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261 il "carattere comune di tali provvedimenti, è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica".

*III. Segue: la nozione di servizio pubblico, specie nella sua
dimensione locale.*

Il confronto con le svariate nozioni di servizio pubblico elaborate nel tempo pone ancora oggi lo studioso di fronte ad una questione irrisolta poiché, nonostante l'ingente produzione in tal senso da parte dei maggiori autori, sin dall'inizio del secolo scorso e fino ai giorni nostri il legislatore non ne ha mai offerto una definizione né fornito elementi che univocamente conducessero ad una sua esatta qualificazione¹⁴.

I confini della nozione comunemente accolta, il minimo comune denominatore di tutte le definizioni prospettate, sono talmente ampi da essere in grado di accogliere una serie indeterminabile *a priori* di tipologie di utilità offerte alla collettività.

Per questa ragione, quindi, l'elaborazione della maggiore dottrina impegnata a delinearne il contenuto nel modo più circoscritto possibile è riuscita nel tempo, e nonostante i fondamentali approdi concettuali, a raggiungere quasi esclusivamente punti di partenza.

Ci si riferisce in particolare all'ampia rassegna di opere portavoce delle varie teorie soggettive, oggettive e miste attraverso le quali si è tentato di definire correttamente la nozione di servizio pubblico, incontrando in modo oscillante il seguito della giurisprudenza amministrativa deputata alla risoluzione di questioni pratiche derivanti dall'inquadramento o meno di una fattispecie nell'alveo della nozione così delineata.

Ai fini del presente studio, sia sufficiente riconoscere che ad oggi si ritiene comunemente che, oltre a quelli così definiti da leggi statali o regionali, siano servizi pubblici tutte le utilità riconosciute come tali e offerte in via diretta o indiretta alla collettività dall'amministrazione pubblica.

¹⁴ Efficace l'osservazione di Alessi R., *Principi*, cit. 469 circa l'esistenza di tante nozioni di servizio pubblico quanti gli autori che se ne occuparono. Rinvio anche ad Alessi R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati: teoria generale*, Milano, 1946, 2.

Si è giunti, poi, a ritenere che, di questa definizione i servizi pubblici locali costituiscano ulteriore specificazione¹⁵ e, pertanto, solo in relazione a questi ultimi si ripercorre sommariamente l'evoluzione storica della normativa e delle linee di pensiero sopra richiamate, rinviando per il resto alla cospicua ed autorevole elaborazione dottrinale stratificatasi nel tempo¹⁶.

Sin dalla promulgazione della legge 29 marzo 1903 n. 103¹⁷ (c.d. legge Giolitti) il legislatore statale abbracciò l'impresa di ordinare il settore attraverso una normativa che consentisse agli enti locali l'assunzione diretta di certi servizi pubblici attraverso modalità e con i limiti specificamente delineati nel successivo R.D. 15 ottobre 1925 n. 2578 recante, oltretutto, un'elencazione delle attività che Comuni e Province avrebbero potuto sottoporre a municipalizzazione. Una elencazione di servizi da considerarsi pubblici ed affidati alla cura dell'Ente comunale che costituì a lungo fonte di stimoli e critiche per la dottrina, chiamata anzitutto a capire se potesse trattarsi di un'enumerazione tassativa o meno¹⁸.

La normativa, si rammenta, interveniva in un contesto in cui il privato era detentore spesso (ma non necessariamente) monopolista dei principali, e non solo, servizi fruiti dalla collettività, talvolta in ragione di espresse riserve *ex lege* ovvero in virtù di concessioni in grado di realizzare il medesimo effetto

¹⁵ Police A., *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *I servizi pubblici locali* a cura di Mangiameli S., 2008.

¹⁶ Per la dottrina più risalente si legga Miele G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 135; ancora Merusi F., *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1970, 215; Cattaneo S., *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, 1990, 355.

¹⁷ Per un quadro dettagliato si legga Caia G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, Milano, 3, dove anzitutto si definisce la municipalizzazione, ovvero l'assunzione diretta dei pubblici servizi, quale specie di collettivizzazione in cui il potere pubblico riservatario è un ente territoriale esponenziale della comunità. Rilevante è la notazione in base alla quale, è corretto parlare di municipalizzazione solo a fronte di una reale privativa da parte dell'ente locale, che abbia escluso altri imprenditori da quel particolare settore economico; e ciò mediante un'assunzione del servizio seguita da una gestione in economia, ovvero dall'affidamento a privati mediante concessione.

¹⁸ *Ex multis* Giannini M.S., *Profili giuridici delle municipalizzazioni, con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953, 539; Scoca F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. e gov. Loc.*, 1992, 12, richiamato da Police A., *Sulla nozione di <<servizio pubblico locale>>*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di Mangiameli S., Torino, 2008, 65, cui si fa riferimento per le altre indicazioni bibliografiche.

escludente nei confronti degli altri operatori¹⁹, talaltra per effetto di condizioni di libera concorrenza. Tra gli obiettivi del legislatore dei primi del Novecento vi era dunque quello di ricondurre esclusivamente alla dimensione pubblicistica²⁰ una serie di utilità essenziali per la cittadinanza senza che, però, a questa chiarezza di intenti corrispondesse anche quella delle norme appena richiamate.

Tutto questo costituì presto terreno fertile per l'elaborazione della c.d. teoria soggettiva²¹, fondata sull'argomentata e maggiormente condivisa impostazione della necessaria imputazione del servizio ad un ente pubblico perché lo stesso possa considerarsi pubblico. In particolare, secondo un'impostazione iniziale, i servizi pubblici si caratterizzavano inoltre per l'essere prestazioni di utilità tecniche e materiali rivolte ai cittadini *uti singuli*, sebbene così definiti finivano per affollarsi nella nozione fattispecie estremamente eterogenee tra loro. Da qui l'esigenza di ricorrere ad un criterio differente in grado, pur muovendo dalle stesse fondamentali premesse, di circoscrivere le figure riconducibili alla nozione generale: il riferimento è alla tesi dell'assenza di poteri autoritativi che vorrebbe, cioè, l'amministrazione titolare del servizio deputata alla cura in concreto degli interessi della collettività senza l'uso di poteri in grado di comprimere o limitare la sfera giuridica di alcuno²².

Quanto, tuttavia, all'aspetto forse più problematico e cioè quello dei rapporti tra titolarità e gestione dei servizi, può senz'altro riconoscersi che la tesi in esame convinse gran parte del panorama dottrinale e giurisprudenziale²³ del tempo della necessaria riferibilità delle prestazioni all'amministrazione

¹⁹ Per le ragioni e gli effetti della municipalizzazione si vedano Dugato M., *I servizi pubblici locali*, in Cassese S., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2583 ss., D'Antonio S., *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in *I servizi pubblici locali*, cit., 118.

²⁰ Caia G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, Milano, 2 il quale osserva come il fondamento economico dell'iniziativa legislativa vada ricercato nella "teorica di produzioni dirette con una ripartizione coattiva dei costi sulla municipalità, ma a vantaggio della stessa" e nella contestuale convinzione di "una maggiore efficienza e della conseguibilità di un prezzo unitario, per il servizio, inferiore a quello che si sarebbe potuto avere ricorrendo a privati produttori operanti in condizioni di libera concorrenza".

²¹ Il principale riferimento è allo studio di De Valles A., *I servizi pubblici*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto da V. E. Orlando, IV, Milano, 1930.

²² Cattaneo S., voce, cit., 371; Merusi F., voce, cit., 238 il quale tuttavia precisa la necessaria presenza di un collegamento pur solo strumentale con l'esercizio di una pubblica funzione.

²³ Efficacemente riassunto da Villata R., *Pubblici servizi*, Milano, 2008, 6 ss.

pubblica al fine di poterle considerare pubblici servizi e, quindi, assoggettarle alla disciplina normativa di inizio secolo. Secondo l'impostazione così delineata, tuttavia, la titolarità necessariamente pubblica del servizio non avrebbe dovuto altrettanto necessariamente accompagnarsi ad una gestione pubblica - anche solo in parte - del medesimo; *a contrario*, di conseguenza, non avrebbe neppure potuto desumersi che questa necessaria imputabilità all'ente potesse figurarsi incompatibile con un affidamento in gestione a soggetti privati²⁴.

Un serio banco di prova per le convinzioni fino a quel momento maturate poggerà successivamente sul pensiero di U. Pototschnig, pioniere in senso opposto della tesi della natura oggettiva dei servizi pubblici²⁵, geneticamente tali in ragione di un'argomentata lettura dell'art. 43 Cost. che li vorrebbe slegati dalla titolarità dell'amministrazione se non nei limiti e presupposti della norma costituzionale. La teoria si fondava anzitutto sull'attenzione al profilo economico dei servizi in esame, ma non solo: essenziale pareva osservare che determinate attività in tutto simili a questi ultimi fossero realizzate da privati e allo stesso tempo, per il loro rilievo collettivo, sottoposte ad una disciplina pubblicistica che non presupponeva però l'adozione di un provvedimento amministrativo²⁶.

²⁴ Caia G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, Milano, 5 ss.

²⁵ Nigro M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, (già in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1957) in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 376 ss., il quale riscontra le ragioni del mutamento della nozione nella difficoltà di quella soggettiva di adeguarsi alle nuove forme organizzative dello Stato moderno. Si legge infatti che "il progressivo interessamento dello Stato ad attività e fini diversi da quelli che tradizionalmente gli appartenevano, essendosi svolto dapprima mediante assorbimento della titolarità delle attività stesse e mediante incremento dei propri fini in danno della sfera giuridica dei singoli, l'utilizzazione dei consueti schemi organizzatori per sistemarvi le nuove attività era naturale e corretta. [...] la nozione ristretta di servizio pubblico non può più reggere oggi che dalla fase di semplice modifica dell'equilibrio interno dello Stato liberale si è passati ad una fase di profonda e diffusa trasformazione di esso. Si sono, infatti, moltiplicati i casi di interessamento dello Stato ad attività e fini ad esso prima estranei, e si è precisato che tale interessamento corrisponde altrettanto direttamente e permanentemente alle ragioni essenziali dell'ordinamento, quanto vi corrispondeva l'adempimento delle funzioni tradizionali [...]". Così, "il disagio della dottrina nel settore che ci riguarda, di fronte a tale vasta e rapida evoluzione, si è manifestato [...] addirittura, rovesciando il concetto di servizio pubblico, per passare da una nozione soggettiva di esso ad una nozione oggettiva e sostanziale", ma il problema non può dirsi così risolto poiché "il contenuto di questa nozione oggettiva e sostanziale è sociologico e non acquista rilevanza giuridica se non quando il diritto pubblico attragga certa attività e certi soggetti nella sua orbita [...]".

²⁶ Così Police A., *Sulla nozione*, cit., 67 e bibliografia ivi citata.

In particolare, e a ben guardare, la premessa da cui muoveva l'impostazione oggettiva era coincidente con quella propria dell'impostazione soggettiva, poiché fondata sull'interesse pubblico in senso lato a che determinate prestazioni siano senz'altro rese alla collettività, sebbene poi quest'ultima elaborazione finiva per seguire sviluppi differenti sulla base delle considerazioni sopra menzionate e avvalorate, come si vedrà innanzi, dalla lettura della carta costituzionale.

La teoria oggettiva, in definitiva, ampliava i margini della premessa comune riconoscendo autonomia giuridica all'interesse pubblico per una determinata attività e, di conseguenza, l'indipendenza della natura del servizio dalla sua imputazione o meno ad un'amministrazione.

L'argomento fondante risiedeva, come anticipato, nella lettura dell'art. 43 della Costituzione che ammette l'assunzione autoritativa di attività produttive, argomentando, *a contrario*, che quei servizi acquisiti alla mano pubblica dovessero necessariamente essere tali sin dalla loro origine²⁷ e a prescindere da qualsiasi coinvolgimento dell'amministrazione. In particolare, la riserva o il trasferimento nel settore pubblico di imprese esercenti servizi pubblici essenziali si configurerebbe quale possibilità e non anche come esigenza ineliminabile, stante l'oggettiva rilevanza di certe prestazioni sotto il profilo dell'interesse generale.

Ulteriore argomento a favore di questa lettura si rinveniva, poi, in altra norma della Costituzione, che individuerebbe all'art. 41 il contenuto della nozione oggettiva nelle attività economiche indirizzate all'utilità generale mediante programmi e controlli, tali di per sé, si ribadisce, a prescindere dall'eventuale titolarità pubblica.

Questa impostazione, benché avesse certamente segnato un punto di rottura col pensiero soggettivo²⁸, incontrò obiezioni radicali che le impedirono di attecchire e di imporsi incondizionatamente. Si riconosceva in primo luogo l'eccessiva elasticità di una definizione di tale portata ma, soprattutto, si confutava la premessa principale dell'intera argomentazione: il mancato

²⁷ Pototschnig U., *I pubblici servizi*, Milano, 1964; Cattaneo S., voce, cit., 368.

²⁸ Così Villata R., *Pubblici servizi*, cit., 7.

obbligo di imputazione pubblicistica delle attività, implicando la semplice irrilevanza circa l'identità del soggetto gestore, sarebbe perfettamente compatibile anche con la tesi soggettiva²⁹. Quest'ultima, com'è stato più volte precisato, non impone la gestione pubblica dei servizi pubblici, anzi è indifferente al riguardo, poiché indefettibile è solo l'assunzione della titolarità, l'imputazione della responsabilità, in capo all'amministrazione. Si spiegherebbe anche in quest'ottica, pertanto, la lettura prospettata dai sostenitori della tesi oggettiva poiché, al di là del profilo attinente alla titolarità, quello relativo alla gestione, l'unico rilevante secondo l'art. 41 Cost., potrebbe essere curato tanto da soggetti privati quanto da amministrazioni pubbliche che provvedano all'assunzione diretta del servizio.

La norma costituzionale, infatti, si riferisce soltanto all'attività che si intende sottoporre a programmi e a controlli affinché il suo espletamento sia rivolto a fini sociali e non anche al soggetto pubblico o privato che la esegue né, men che meno, al soggetto che sia titolare della responsabilità dell'erogazione di quel servizio alla collettività.

In tale contesto, nonostante numerosi tentativi di riforma, il Parlamento interverrà nel settore solo con la legge 8 giugno 1990 n. 142, recante il nuovo ordinamento delle autonomie locali, pur senza riuscire a sopire il dibattito in corso ma, piuttosto, alimentando l'incertezza in ordine alla nozione di servizio pubblico locale, riferendosi la normativa più in generale alle attività "che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini

²⁹ Sempre Villata R., cit., 9. Nonostante la condivisibilità dell'osservazione, si ritengono ancora più efficaci le critiche avanzate da Trimarchi Banfi F., *Considerazioni sui <<nuovi>> servizi pubblici*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2002, 949 ove l'Autrice, rammentando l'estrazione politico-economica della nozione di servizio pubblico, definisce tale l'attività economica che, per la rilevanza che assume per la collettività è suscettibile di essere sottoposta ad intervento dei pubblici poteri al fine di garantirne la disponibilità a condizioni diverse da quelle che risulterebbero dalla spontaneità del mercato; in questa accezione i servizi pubblici sarebbero menzionati dall'art. 43 Cost., "dove l'essere <<pubblici>> è qualità che precede l'assunzione dei servizi da parte di poteri pubblici", ciò che ne segnerà soltanto, e quindi solo in via eventuale, il carattere giuridico-organizzativo: fino a quel momento, tali attività costituiscono oggetto di libera iniziativa economica, ai sensi e nei limiti dell'art. 41 Cost., mentre l'art. 43 a cui si vorrebbe ricondurre il fondamento della nozione oggettiva del servizio pubblico, si farebbe menzione del carattere pubblico dello stesso non per identificare un regime giuridico direttamente discendente dalla rilevanza generale delle prestazioni offerte, ma solo per indicare che, sussistendone le altre condizioni, queste attività potranno essere assunte dall'Amministrazione e, quindi, sottratte alla libera iniziativa economica.

sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” (art. 22, comma 1). Tale definizione finì per arricchire il novero di prestazioni potenzialmente riconducibili alla nozione già controversa, palesando l'intenzione del legislatore di rimettere la scelta all'autonomia³⁰ e alla responsabilità politica dell'ente³¹.

Rispetto alla disciplina precedente, vengono individuate puntualmente le modalità di affidamento e gestione dei servizi fin da subito considerate tassative³² e ciascuna di queste forme risulta accompagnata da indicazioni più o meno precise quanto alla loro utilizzabilità: si tratta della gestione in economia, della concessione a terzi, della gestione a mezzo di azienda speciale o di istituzione, di società di capitali³³ a prevalente capitale pubblico³⁴.

Per quanto qui rileva, è utile sottolineare come la concessione non costituisca affatto una novità nel panorama legislativo³⁵ e tuttavia che,

³⁰ Pur con il limite della necessaria contestualizzazione socio economica delle prestazioni che dovranno dimostrarsi rispondenti ad esigenze essenziali e diffuse. Sul punto Gallucci C., voce *Servizi pubblici locali*, cit., 1; Caia G., *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali: quadro generale e comparativo*, in *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali* a cura di Sanviti G., Bologna, 1995, 59; Parisio V., *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione ed innovazione nel quadro della collaborazione pubblico-privato*, in *Giust. Civ.*, 1993, 497.

³¹ Sempre ove il legislatore di settore nulla abbia disposto sulla obbligatorietà del servizio. Riguardo alla legislazione previgente, riferisce Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, cap. III, par. 4 n. 10 nonché p. 394 che presupposto necessario perché un ente pubblico possa procedere a un atto di concessione (di servizi pubblici o di funzioni) è il carattere monopolistico dell'attività che ne costituisce oggetto, il che trova il suo fondamento solo in disposizioni di legge; Alessi R., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, IV ed., 1978, 472 laddove per gli enti pubblici minori si ammette l'assunzione in monopolio, previa delibera degli organi dell'ente, di quei servizi per i quali la legge formale rechi una disposizione espressa.

³² Così Gallucci C., voce, cit., 4 il quale tra l'altro rileva che all'opinione dottrina si affiancano alcuni dati normativi che confermerebbero la tesi prevalente. Si tratterebbe ad esempio della l. 97/1994 ovvero la l. 36/1994 che per l'organizzazione di certi servizi pubblici a livello sovracomunale richiamerebbero le forme di gestione di cui alla l. 142/1990.

³³ Parisio V., *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione di servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, la quale osserva che “la scelta del modello societario si giustifica(va) con la tanto agognata fruizione delle forme privatistiche, più elastiche, duttili e più adatte all'attività di impresa, nella convinzione di superare le lentezze derivanti dai lacci e laccioli che da sempre bloccano lo svolgersi dell'attività amministrativa”.

³⁴ Nella sua versione originaria, infatti, la l. 142/1990 prevedeva unicamente la società a capitale prevalentemente pubblico locale: fu l'art. 12 l. 23 dicembre 1992, n. 498 ad introdurre la società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria tra le modalità di gestione del servizio pubblico. Già in quella normativa si individuava poi l'obbligo di selezione del socio privato con gara, ma la disciplina di dettaglio fu delineata solo dal regolamento adottato con d.p.r. 533/1996.

³⁵ Presupposte dal T.u. della legge assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei comuni e delle province (R.d. 2578/1925 cit.), che ammetteva la costituzione di aziende speciali in luogo delle concessioni e che in più disposizioni vi fa riferimento (cfr. artt. 23-26), le concessioni

nell'ambito della nuova normativa, avesse senz'altro trovato una posizione di rilievo³⁶ rispetto agli altri strumenti, essendo individuato quale unica forma di esternalizzazione della gestione in economia di servizi pubblici e sociali da parte dell'ente locale³⁷. Poiché, infatti, l'istituzione veniva riservata solo alla gestione dei servizi sociali, l'azienda speciale ai soli servizi a rilevanza imprenditoriale e la società di capitali, pur nel silenzio del legislatore, era da escludersi per i servizi sociali stante il suo scopo di lucro intrinseco, la concessione costituiva evidentemente lo strumento più versatile³⁸.

Ciononostante, sul fronte dei servizi a rilevanza economica, la tendenza a valorizzare la modalità di gestione da parte di società in forma privatistica ed inaugurata un po' timidamente nel 1990 dal legislatore statale troverà sviluppi maggiori nella normativa successiva in un'ottica di esaltazione dell'autonomia degli enti locali, dell'economicità della gestione in rapporto con l'esigenza di assicurare standard qualitativi costanti. In particolare, finché permase il vincolo della maggioranza pubblicistica, la costituzione di società di capitali *ad hoc* fornì alle amministrazioni uno strumento in grado di svolgere una duplice funzione: conservare la piena disponibilità del servizio e allo stesso tempo usufruire di una semplificazione innegabile rispetto all'uso dello strumento concessorio, considerato che, una volta ultimata la fase genetica, l'ente avrebbe

erano note altresì al legislatore del T.u. per la finanza locale, R.d. 14 settembre 1931, n. 1175, specie agli artt. 265-267, (interamente abrogato solo dall'art. 24, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, mentre già l'art. 35, comma 1, legge finanziaria 2002 aveva provveduto ad abrogare espressamente l'art. 267 che viene qui in rilievo), mentre non vengono affatto menzionate dal successivo T.u. della legge comunale e provinciale, R.d. 3 marzo 1934, n. 383 (parzialmente abrogato dall'art. 64, l. 8 giugno 1990, n. 142 e poi definitivamente solo dall'art. 274, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

³⁶ Anche se, il comma 3 dell'art. 22 cit. richiede una motivazione espressa da parte dell'amministrazione da cui emergano le ragioni (non difficilmente ipotizzabili) tecniche, economiche e di opportunità sociale per farvi ricorso.

³⁷ E ciò sul presupposto dell'assimilabilità alla gestione in economia della gestione a mezzo di azienda speciale, istituzione e a mezzo di società a capitale pubblico prevalente. Cfr. Gallucci C., cit., 5, il quale correttamente precisa che nella formulazione dell'affidamento a terzi non potevano senz'altro rientrare né le aziende speciali né tantomeno le società a prevalente capitale pubblico locale dell'ente concedente (al contrario delle aziende speciali costituite da enti diversi e, deve concludersi, delle società a capitale pubblico non locale prevalente).

³⁸ Idonea, invero insieme alla gestione in economia, sia alla gestione di servizi pubblici che di servizi sociali.

potuto, secondo l'opinione prevalente, affidare il servizio in via diretta al nuovo soggetto giuridico senza l'obbligo di espletamento di una gara³⁹.

Tornando, quindi, alla nozione di servizio pubblico locale, gli orientamenti ad essa relativi certamente subirono l'influenza di un quadro normativo sì mutevole e portato a valorizzarne i profili economici e a concentrare l'attenzione sui modelli di affidamento e gestione dei servizi stessi. Sebbene diverse sfumature di pensiero contribuissero a diversificare le opinioni dottrinali, giova ribadire che la tesi oggettiva traeva linfa vitale dal dibattito sviluppatosi intorno alla accentuazione delle possibilità dei privati di accedere alla gestione dei servizi ma, allo stesso tempo e proprio su quel campo, maturavano le critiche più decisive ad un'impostazione che così formulata risultava comprendere un raggio estremamente eterogeneo di attività. Decisivo pareva inoltre osservare che, anche laddove non entrassero in gioco poteri autoritativi, le attività di interesse pubblico soggiacevano comunque ad altri poteri pubblici⁴⁰, dimostrando che, a ben vedere, le due tesi non potessero davvero considerarsi antitetiche poiché, anzi, l'una implicherebbe l'altra⁴¹.

Difatti, esaltare il pubblico interesse per le attività in oggetto, benché seguendo sviluppi differenti, significava d'altra parte arricchire le tesi soggettive di profili essenziali e non affatto scontati. Il riferimento è anzitutto ai soggetti destinatari delle prestazioni, identificabili esclusivamente nella

³⁹ Si riporta il testo dell'art. 267, comma 1, R.d. 14 settembre 1931, n. 1175 (abrogato soltanto dall'art. 35, comma 13, l. 28 dicembre 2001, n. 448) "le concessioni di cui all'art. 265 devono, di regola, essere precedute da asta pubblica. Tuttavia, quando circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi lo consiglino, il prefetto può consentire che i contratti seguano a licitazione o a trattativa privata". Sul carattere fiduciario che nel tempo si è indebitamente sovrapposto all'elemento di specialità disciplinato dalla norma come legittimante la deroga alla regola dell'asta pubblica, leggasi Villata R., *I pubblici servizi*, cit..

⁴⁰ Police A., *Sulla nozione*, cit. 69; Cattaneo S., *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, 362 il quale si riferisce ai poteri di diritto privato.

⁴¹ Romano A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 478 il quale rileva anche la necessità di distinguere senza commistioni il profilo della gestione del servizio da quello della titolarità del servizio stesso; sempre Romano A., *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu G., Romano A., Spagnuolo Vigorita V., Milano, 1995, 32 con un efficace riepilogo del dibattito e dei punti d'approdo raggiunti dalla dottrina su oggetto e titolarità dei servizi pubblici locali; cfr. inoltre Caia G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in Mazarolli L.-Pericu G.- Romano A.- Roversi Monaco F.A.- Scoca F.G., *Diritto amministrativo*, vol II, Milano, 2005, 149.

collettività e non anche nell'amministrazione⁴² e, in secondo luogo, ad una necessaria collocazione sul mercato dei servizi stessi, nel senso di dover essere messi a disposizione degli utenti secondo criteri strutturali di imprenditorialità⁴³. Si è giunti così ad affermare l'esistenza di un servizio soggettivamente pubblico anche quando gestito da privati, a nulla rilevando la compresenza pubblica nella gestione medesima né la titolarità di peculiari poteri di intervento⁴⁴. Allo stesso tempo non sembra più dubitabile che per aversi servizio pubblico sia necessario che il soggetto pubblico lo assuma come proprio, attraverso l'uso dei poteri di cui dispone e nell'ambito dei propri compiti istituzionali⁴⁵, senza che rilevi il coinvolgimento dell'amministrazione nella gestione del servizio, che anzi la normativa del 1990 e quella successiva mostreranno di voler relegare sempre di più ad un ruolo marginale⁴⁶.

Di importanza tutt'altro che marginale sarà in questo contesto il riconoscimento della libertà di concorrenza quale principio generale dell'ordinamento così come operato dallo stesso legislatore statale con la legge 287/1990. L'impulso⁴⁷ fino a quel momento offerto dai Trattati comunitari (art. 65 e 66 TCECA e art. 86 TCEE) e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee fu recepito, non senza importanti equivoci, a livello nazionale, e suffragato dall'art. 41 Cost., anche con riguardo a situazioni non direttamente rientranti nell'ambito di applicazione della normativa europea.

⁴² Profilo, quest'ultimo, che costituirà altresì elemento decisivo per certe opinioni volte ad individuare le differenze tra la concessione e l'appalto di servizi e sul quale ci si soffermerà successivamente quando saranno stati esposti i principali profili di diritto europeo attinenti alla vicenda.

⁴³ Così Romano A., *Profili*, cit., 469 e sempre lo stesso autore in *La concessione di un pubblico servizio*, cit., 25; ma cfr. anche Police A., *Sulla nozione*, cit., 70.

⁴⁴ Parla di accidentalità del carattere pubblico del gestore del servizio Romano A., *La concessione di un pubblico servizio*, cit., 39.

⁴⁵ Cattaneo S., voce, cit., 371; Police A., *Sulla nozione*, cit., 71 ss dà conto della conclusione sopra riportata in un contesto ancora più ampio perché determinato dal diritto comunitario in tema di servizi di interesse economico generale e, di conseguenza, misurato non solo sulla disposizione contenuta nell'art. 86 TCE (oggi art. 106 TFUE), ma sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

⁴⁶ La formula societaria, dapprima limitata alle sole ipotesi di partecipazione pubblica maggioritaria e successivamente, con la legge 498/1992, estesa anche ai casi di partecipazione pubblica minoritaria mostrava sempre più il *favor* per una compresenza pubblica nella gestione non invadente.

⁴⁷ Per l'analisi critica dei principali fraintendimenti derivanti dalla lettura del principio in questione da parte della giurisprudenza e del legislatore nazionale si veda oltre nella parte seconda e terza.

Il dibattito per la puntuale definizione dei profili attinenti alla titolarità e gestione dei servizi pubblici locali finirà così per perdere terreno e lasciare posto a nuove problematiche in merito ai rapporti possibili tra il mercato concorrenziale e la gestione delle reti e l'erogazione dei servizi pubblici locali, attraverso la valorizzazione del principio di sussidiarietà economica e ad un tempo delle istanze della collettività destinataria delle prestazioni.

In questo contesto, inaugurato come detto senza grande slancio da parte del legislatore del 1990, diventerà pregnante la comprensione e la definizione del ruolo che l'impresa privata debba rivestire oltretutto l'individuazione degli obiettivi ottimali ed i limiti che da essi derivano e che si impongono al fine di assicurare alla collettività servizi adeguati e a condizioni migliori.

IV. Segue: la nozione di servizio pubblico locale: elementi essenziali ed evoluzione normativa.

A questo punto, e dopo aver volutamente esaminato in modo congiunto il dibattito dottrinale sulla nozione generale di servizio pubblico ed i primi passi legislativi fondamentali per la individuazione di una nozione di servizio pubblico locale, il centro dell'attenzione va opportunamente spostato su quest'ultima quale oggetto specifico del presente studio.

Pare opportuno, in particolare, soffermarsi ancora e brevemente sui caratteri principali che, secondo l'opinione comunemente condivisa, contraddistinguono l'attività di servizio pubblico locale, sempre tenendo conto e contestualizzandola alla luce degli sviluppi della legislazione nazionale e delle accennate tendenze alla valorizzazione della tutela della concorrenza.

In particolare, con l'approvazione del d.lgs. 18 giugno 2000 n. 267 (d'ora in avanti TUEL), recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, il legislatore, solo con lievi modificazioni, aveva sostanzialmente riprodotto nell'art. 112 e nell'art. 113 il contenuto dell'art. 22 l. 142/1990.

Nessuna variazione in ordine alla nozione di servizio pubblico, che continuava a distinguersi, sempre ai fini gestori, a seconda della sua rilevanza economica ed imprenditoriale o meno, e altresì immutate risultavano le modalità di affidamento cui ricorrere.

Eppure, da quanto si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge presentato dal Governo, le intenzioni sarebbero state sin da subito proiettate verso un'apertura a soluzioni volte a promuovere la concorrenza⁴⁸ in un'ottica di impronta europea cui ci si avvicinerà, invero, solo l'anno successivo con la l. 448/2001 (legge finanziaria 2002).

Una volontà ancora più decisa in tal senso, peraltro, era stata manifestata dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato in una segnalazione⁴⁹ recante osservazioni al disegno di legge in corso di approvazione: in quell'occasione, infatti, l'Agcm aveva auspicato la massima apertura dei servizi pubblici locali ad un mercato effettivamente concorrenziale ogniqualvolta le concrete circostanze (economiche, territoriali e morfologiche) avessero permesso agli enti locali di rilasciare autorizzazioni a qualunque operatore economico in grado di offrire il servizio necessario nel rispetto di condizioni minime e competitive. Si prospettava, quindi, almeno teoricamente una reale liberalizzazione del settore, cioè una genuina concorrenza *nel* mercato, ammettendone limitazioni a favore di forme di concorrenza *per* il mercato solo in presenza di elementi specifici del singolo caso concreto che determinassero la necessità di mettere in gara il titolo per svolgere le attività in regime di esclusiva.

In tale contesto ma, come si vedrà, anche in seguito, dal punto di vista soggettivo non residuavano dubbi circa la necessaria assunzione da parte dell'ente locale del servizio stesso⁵⁰. Com'è stato osservato⁵¹, dovendosi intendere per assunzione un atto di formale dichiarazione di rilevanza di certe

⁴⁸ Per un maggiore approfondimento sulla tematica della strumentalità delle scelte legislative alla realizzazione di un reale regime di concorrenzialità si legga il paragrafo successivo.

⁴⁹ Segnalazione inviata *ex art.* 22 della l. 287/1990, AS182 del 21 ottobre 1999 reperibile sul sito www.agcm.it.

⁵⁰ Delsignore M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali* a cura di Villata R., Torino, 2011, 9.

⁵¹ Sempre Police A., *Sulla nozione*, cit.

prestazioni per la collettività sulla quale l'ente⁵² è chiamato ad esercitare le proprie competenze^{53 54}.

Quanto al profilo oggettivo, invece, si era giunti oramai ad individuare un servizio pubblico locale solo di fronte ad attività destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata⁵⁵. Il fondamento normativo di questa definizione era rinvenuto nell'art. 112 TUEL, che riconosceva nei servizi pubblici locali il mezzo per realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo delle comunità, in linea col principio in base al quale spetta a Comuni e Province il compito di curare gli interessi e i bisogni di quest'ultima. Sulla base di questa lettura, si giungeva a riconoscere pertanto che il servizio pubblico locale non possa che essere una specificazione della nozione di carattere generale, in quanto l'utilità fondamentale che si intende rendere al pubblico è in realtà destinata al soddisfacimento di interessi circoscritti ad un determinato ambito territoriale⁵⁶.

Da ciò deriverebbe una conseguenza ulteriore, e cioè la necessità che all'atto dell'assunzione del servizio, l'ente giustifichi la rilevanza delle

⁵² Il riferimento all'ente locale risiede anzitutto nella *ratio* del principio di sussidiarietà così come emerso dalla riforma costituzionale del 2001. In ragione del fatto che le funzioni amministrative debbano essere, cioè, attribuite al livello di governo più vicino al cittadino destinatario delle prestazioni, non si discute che rientrino tra le prime anzitutto le funzioni inerenti ai servizi pubblici da erogare alla collettività. Ne deriva, inoltre, la possibilità per gli enti di livello superiore di riconoscersi titolari di funzioni di tale natura esclusivamente in applicazione dei principi di differenziazione, adeguatezza e sussidiarietà, oltre che naturalmente in ipotesi normativamente previste.

⁵³ Il punto è pacifico non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza, e ciò non solo perché in passato richiesto esplicitamente dalla legge (cfr. art. 32, comma 2, legge 142/1990 cit.) ma anche in ragione di un necessario riconoscimento del servizio come di utilità collettiva e dei motivi a sostegno delle scelte di organizzazione e del modello di gestione prescelto. Sul punto si leggano Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818 in *Foro amm.*, 1988, 12; Consiglio di Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro amm.*, 1990, 664; Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3348 ; Consiglio di Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7950, in *Foro amm. C.d.S.*, 3390 (s.m., testo integrale sul sito www.giustizia-amministrativa.it).

⁵⁴ Passaggio necessario, naturalmente, soltanto per tutti quei casi in cui il legislatore non abbia già individuato una competenza specifica con riguardo ad un determinato servizio. Tipicamente e a titolo di esempio si veda la disciplina di attribuzione al Comune delle competenze in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti di cui al d.lgs. 152/2006 (cd. Codice dell'ambiente).

⁵⁵ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1220 (s.m., testo integrale sul sito www.giustizia-amministrativa.it).

⁵⁶ Peraltro non necessariamente coincidente con quello di un singolo Comune o di una singola Provincia, i quali ben (frequentemente) realizzano forme associative per ottimizzare le risorse e garantire un servizio maggiormente omogeneo su un dato territorio e dagli standard più elevati.

prestazioni individuate in quanto necessarie per la realizzazione dei fini istituzionali menzionati: in questo modo, la delibera motivata segnerebbe l'annoverabilità di quelle utilità così come individuate e organizzate tra i servizi pubblici in generale e tra quelli di interesse locale in particolare.

In un contesto in cui la Comunità europea cominciava a mostrare sempre più interesse per la materia⁵⁷, seguirono presto numerosi interventi normativi volti alla ricerca di un equilibrio tra principi sovranazionali, riparto di competenze e definizione dei modelli gestori senza che, in effetti, mai si sia tentata la via legislativa per una nozione definitiva di servizio pubblico locale.

Quest'ultima, per quanto sin qui detto, finiva per comporsi non più solo di quegli elementi di ordine oggettivo e soggettivo visti poco sopra, ma anche di valutazioni fondamentali rispondenti alla necessità di conciliare esigenze diverse e per molti aspetti antitetiche. Da una parte, gli interessi della collettività destinataria delle prestazioni, volti alla fruizione di servizi sempre più efficienti e competitivi nei costi e, dall'altra, l'interesse pubblico nazionale ed europeo ad un mercato dei servizi aperto e concorrenziale, in cui cioè gli operatori possano avvicinarsi tra loro alla luce di dinamiche economiche in larga misura libere ed offrire i servizi remunerativi - altro interesse ancora - compatibilmente con gli obblighi di cd. "servizio universale" ed il rischio di impresa⁵⁸. Il servizio pubblico locale, dovendo fare i conti equamente con diverse istanze, necessita pertanto dell'individuazione di una chiave che consenta di conciliare questi interessi di fondo e che è stata ravvisata nella concorrenza, quale valore guida delle scelte tanto del legislatore quanto degli enti titolari del servizio da erogare.

⁵⁷ Il cenno all'influenza europea basti qui solo per seguire le scelte legislative nostrane di inizio secolo utili per la formazione di una nozione di servizio pubblico locale. Per una ricostruzione dettagliata dei profili di diritto comunitario si veda il capitolo successivo.

⁵⁸ Così lucidamente Cintioli F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in www.giustamm.it, 2010, 6.

V. Segue: la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica tra esigenze di liberalizzazione e di realizzazione di un sistema di concorrenza nel mercato.

Sulla base di quanto sin qui detto, può quindi affrontarsi più da vicino il problema della scelta del regime pro concorrenziale attraverso il quale giungere ai predetti risultati di equilibrio e soddisfacimento delle parti coinvolte e, di conseguenza, leggere il prosieguo dell'evoluzione normativa sul punto alla luce di questi pregnanti profili.

Il bivio porta, a essere sinteticamente brutali, a dividersi tra liberalizzazione del settore e privatizzazione dello stesso: l'una via massimizza la realizzazione di un regime di concorrenza *nel* mercato, dovendosi con questa espressione intendere la libera competitività degli operatori del settore alla luce di regole minime fissate per assicurare il possesso dei requisiti necessari ed il corretto svolgimento del servizio e allo stesso tempo garantire l'universalità del servizio; l'altra via, invece, rappresenta un compromesso in cui la competitività può realizzarsi solo attraverso il filtro delle scelte dell'amministrazione titolare del servizio, la quale non è solo deputata ad individuare quale, tra le modalità di gestione ammissibili, sia la più idonea a massimizzare l'interesse pubblico ma, ancor più e a monte, è l'unico soggetto a poter decidere quando un servizio, in quanto pubblico, debba essere esternalizzato e quando, invece possa essere gestito ed erogato in economia dalla stessa amministrazione che ne è titolare⁵⁹.

⁵⁹ La gestione in economia risultava, senz'altro all'epoca precedente l'entrata in vigore dell'art. 35 legge finanziaria 2002, tra le modalità di gestione dei servizi pubblici in generale. Dapprima ammessa con riferimento specifico a talune tipologie di servizi pubblici locali (si veda il T.u. delle leggi comunali e provinciali 564/1898, nonché il regolamento generale di sanità 45/1901, il regolamento di polizia mortuaria), era stata successivamente disciplinata dall'art. 15 del T.u. 2578/1925 contenente un elenco di servizi "di regola" esercitati in economia dall'ente locale (distribuzione di acqua potabile, costruzione di stabilimenti adibiti a mercati pubblici). Si tratta, evidentemente di ipotesi di servizi di modeste dimensioni per i quali non è opportuno costituire o individuare altro soggetto giuridico cui affidare la gestione. Successivamente, fu annoverata nell'elenco di cui all'art. 22 l. 142/1990 e sempre riferita ad attività di scarso rilievo economico ed è opinione comune che, con l'entrata in vigore dell'art. 35 legge finanziaria per il 2002, questa modalità sia stata espunta da quelle ammissibili dal legislatore. In particolare, la gestione in economia sarebbe possibile (da allora in avanti) solo con riguardo ai servizi pubblici

sprovvisi di alcuna rilevanza economica ma non anche per quelli erogati secondo modalità remunerative. L'espunzione, poi, dall'art. 113 come novellato delle modalità di affidamento delle aziende speciali e dei consorzi avrebbe segnato altresì la definitiva inammissibilità di questi ulteriori strumenti gestori.

Accantonando le considerazioni che si formuleranno nei prossimi due capitoli in ordine alla giurisprudenza comunitaria ed alla giurisprudenza costituzionale, non pare potersi aderire ad una lettura tanto restrittiva in quanto non supportata da argomentazioni in grado di negare che la gestione diretta, o in economia, del servizio pubblico locale possa considerarsi fisiologicamente legata alla titolarità dell'amministrazione del servizio che è chiamata a rendere alla collettività di riferimento. Questa conclusione, che porterebbe ad annoverare implicitamente la gestione diretta nell'alveo delle modalità di gestione possibili da parte dell'ente, pare essere confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552: in quell'occasione, benché sul presupposto di norme diverse da quelle di cui si sta trattando (ma che, al pari di queste si limitano a non contemplare la gestione in economia), sindacando la mancata indizione di gara per l'affidamento del servizio di illuminazione cimiteriale, il Consiglio di Stato ha chiarito senza perplessità la differenza fondamentale tra la gestione diretta e l'affidamento diretto del servizio pubblico locale anche se a rilevanza economica. La gestione diretta ad opera dell'ente titolare sarebbe sempre ammissibile, anche cioè senza che alcuna norma la preveda espressamente, soprattutto (ma non soltanto) quando il servizio sia di modeste dimensioni e di modesto impegno (nella specie poche migliaia di euro l'anno). L'affidamento diretto, invece, implicando la scelta dell'ente di esternalizzare la gestione del servizio, implicherebbe per ciò solo l'obbligatorietà della procedura comparativa.

È pur vero che il servizio di illuminazione cimiteriale viene considerato privo di rilevanza economica e che, adducendo ulteriori esempi, il Consiglio di Stato riferisce di ipotesi sempre ricondotte nell'alveo di questa tipologia specifica di servizi, tuttavia l'enunciazione del principio generale appare chiara, anche considerato l'esplicito richiamo a supporto della motivazione delle norme contenute nell'art. 23 *bis* d.l. 112/2008 e successive modificazioni. La disposizione, su cui si tornerà diffusamente nel terzo capitolo, contemplava ai commi 2 e 3 le modalità di affidamento possibili per i soli servizi di rilevanza economica, senza includervi espressamente la gestione in economia, ma senza che, sembra dire il Consiglio di Stato, questa debba escludersi solo a causa della mancata menzione. Le disposizioni richiamate dal Consiglio di Stato, cioè, e relative alle sole modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (non oggetto specifico della pronuncia), verrebbero in rilievo soltanto quando l'amministrazione scelga, per l'appunto, di esternalizzare (affidare a terzi) la gestione del servizio e non anche con riguardo alla scelta della gestione diretta dello stesso che, in quanto ammissibile implicitamente (e a prescindere dalla natura del servizio) non figura né come ammissibile né tantomeno come vietata dal legislatore. Cfr. *contra* Tar Lazio, Roma, 4 febbraio 2011, n. 1077 (che richiamando la sentenza del Consiglio di Stato la riferisce ai soli servizi privi di rilevanza economica); cfr. Trimarchi Banfi F., *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 3, 2 la quale dà per scontato che la sostituzione della azienda speciale con la società a capitale prevalentemente pubblico abbia lasciato impregiudicata la possibilità della gestione in economia, per poi affermare che le recenti disposizioni hanno "sostanzialmente eliminato la gestione propria dai modi ordinari per provvedere ai servizi pubblici economici" in quanto si è ritenuto che, un sistema che predilige in modo assoluto la modalità della gara concepisce la gestione a mezzo della propria organizzazione come deroga al principio della concorrenza. Secondo l'Autrice, ciò sarebbe dovuto ad un erronea impostazione concettuale: si parte cioè dal considerare che l'autoproduzione, anche a mezzo di *in house providing*, sia da considerarsi anzitutto quale modalità di affidamento piuttosto che, prima, scelta della modalità di gestione (cioè in proprio o a mezzo di terzi) e si giunge, pertanto, a configurare l'autoproduzione come deroga alla regola generale. Così, e avvalorando questi ragionamenti alla luce di una presunta imposizione in tal senso da parte del diritto comunitario, dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che nella preliminare scelta della modalità di gestione l'amministrazione non possa considerarsi libera ma debba, al contrario, orientarsi sin da allora verso una soluzione che permetta la messa in gara del servizio. In realtà, come sottolinea acutamente l'Autrice e come si avrà modo di esplicitare successivamente, l'Unione europea non impone affatto lo svolgimento

La normativa nazionale, volgendo uno sguardo panoramico sugli anni che si stanno considerando, si è sempre affermata favorevole ad una liberalizzazione del settore ma, non riuscendo mai a concretizzare simili e apprezzabili intenzioni, è riuscita a spingersi, al più, verso forme di quel regime spurio di concorrenzialità (concorrenza per il mercato) che hanno mantenuto intatto il ruolo centrale dell'amministrazione.

Una prima modifica alla normativa nazionale maggiormente rispondente alle istanze pro concorrenziali cui si è appena fatto cenno risale all'anno successivo quando, con l'art. 35 l. 23 dicembre 2001, n. 448, venivano novellati l'art. 113 e l'art. 114 TUEL. In particolare, il legislatore nazionale dichiarava l'ancoraggio della disciplina al canone costituzionale di tutela della concorrenza⁶⁰, avendo cura di introdurre altresì la distinzione tra i vari servizi pubblici basata sul criterio dell'industrialità. In particolare, al nuovo art. 113 TUEL⁶¹ figurava la disciplina dei servizi pubblici di rilevanza industriale,

di una gara a priori, ma solo quando e se l'amministrazione intenda esternalizzare il servizio; Narducci R., *I servizi pubblici a rilevanza economica possono essere ancora gestiti direttamente dall'ente locale?*, in *old.ancitoscana.it*, ove l'autore osserva acutamente che, nella stessa ammissibilità della forma di gestione *in house* dovrebbe ravvisarsi un elemento a favore della gestione in economia: se l'ente può, ricorrendone tutti i presupposti di legge, affidare direttamente un servizio ad un soggetto che ne costituisca la *longa manus*, a maggior ragione dovrebbe ritenersi che l'ente lo possa assumere esso stesso in gestione. Per opinioni difformi si consideri che la dottrina maggioritaria è senz'altro schierata in questa direzione. *Ex multis* cfr. D'Antonio S., *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di Mangiameli S., cit., 149.

Preme osservare brevemente che l'opinione contraria, in genere, sostiene contestualmente alla inammissibilità della gestione in economia, anche il venir meno del principio di tipicità delle modalità di gestione dei servizi pubblici. Si legge specie in Dugato M., *I servizi pubblici locali*, cit., 2602, che il canone di tipicità avrebbe perduto qualsiasi ragion d'essere alla luce del nuovo ruolo affidato all'amministrazione dall'art. 35 cit., ovvero - in presenza di un'unica modalità di affidamento priva di alternative - quello di definire soltanto le condizioni del servizio e di gestire la procedura di evidenza pubblica, un ruolo cioè in cui "l'attività amministrativa rinuncia al potere di supremazia in favore degli strumenti del diritto civile".

⁶⁰ Anche per fondare il proprio titolo a legiferare nel quadro del riformato Titolo V, parte II, Cost.

⁶¹ Tra le novità vanno segnalate anche quelle in ordine al principio di separazione tra le reti e la erogazione del servizio: rispetto alla disciplina precedente, che prevedeva la separazione tra la proprietà delle reti, la gestione delle stesse e l'erogazione del servizio (salvo poche eccezioni), la disciplina del 2001 mutò nel senso di ammettere che spetti alla normativa di settore determinare i casi in cui la gestione delle reti debba necessariamente essere separata dalla erogazione del servizio (art. 113, comma 13 TUEL). Resterebbe così ferma solo la regola della necessaria separazione della proprietà delle reti rispetto alla gestione del servizio (salvo eccezioni), mentre si dispone, d'altro canto, l'inceditività della proprietà degli impianti da parte dell'amministrazione quando si tratti di servizi di rilevanza industriale e fatta salva la possibilità di trasferirla a società di capitali di cui detenga la quota maggioritaria di partecipazioni. Così Dugato M., *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 2, 219; cfr. altresì

mentre il neo introdotto art. 113 *bis* era rubricato “gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale”⁶²: con riguardo ai primi veniva dettata una diversa disciplina ispirata ad una tendenziale privatizzazione del settore, mentre per gli altri, il regime di affidamento poteva ben essere svincolato dal rispetto della concorrenza e dei principi comunitari di trasparenza e non discriminazione. Introducendo, ancora relativamente ai primi, l’obbligatorietà della gara per l’affidamento del servizio al privato⁶², la nuova normativa percorreva così la strada della tutela della concorrenza per il mercato, ovvero una via di valorizzazione della competitività solo e comunque entro un alveo di potenziali gestori partecipanti alla procedura comparativa indetta dall’amministrazione titolare unica del servizio⁶³.

Al criterio del contenuto industriale si sostituiva, poi, con l’art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (conv. in l. 24 novembre 2003 n. 326), quello della differenza tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e non.

Va ricordato come la precedente modifica contenuta nell’art. 35 della legge finanziaria per il 2002, individuando il criterio distintivo dei servizi pubblici nell’industrialità o meno dei medesimi aveva di per sé omesso di identificarne il contenuto, limitandosi a rinviare ad un apposito regolamento governativo (art. 113 comma 16 TUEL) mai venuto alla luce. La normativa contenuta nella legge 326/2003 appena citata, poi in parte integrata dalla successiva legge finanziaria per il 2004 (art. 4, comma 234, legge 350/2003), invece, abrogando il predetto rinvio⁶⁴, aveva ripristinato nella sostanza la differenziazione sulla base della rilevanza economica del servizio, da un lato,

Gallucci C., voce, cit. 2; Scotti E., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in *I servizi pubblici locali* a cura di Mangiameli S., 2008, 45.

⁶² L’eliminazione delle forme di gestione tipiche aveva comportato, tra l’altro, anche la scomparsa della forma di gestione della società per azioni a partecipazione pubblica minoritaria, residualmente ammessa solo per i servizi privi di rilevanza economica.

⁶³ L’art. 35 comma 5 cit., disponeva che, l’affidamento dell’erogazione del servizio (quando separata dalla gestione delle reti e impianti ma valeva lo stesso per l’affidamento della sola gestione) “da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità [*rectius* gestione] del servizio a società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica”.

⁶⁴ Sopendo peraltro in questo modo i dubbi sulla legittimità di un rinvio così ampio (“per l’esecuzione e l’attuazione” dell’art. 35 l. finanziaria 2002) ad una fonte subordinata. Così in particolare Gallucci C., voce, cit., 2.

riproponendo le difficoltà interpretative proprie della legislazione del 1990⁶⁵ e, dall'altro, tenendo fermo lo spartiacque tra le attività munite di questo carattere ed i servizi che ne sono privi. Nella pratica, di conseguenza, restava affidato al giudice il compito di valutare caso per caso la concreta rilevanza economica delle prestazioni rese e, di conseguenza, individuare volta per volta le specifiche norme applicabili in tema di affidamento, segnando il confine tra obbligo di gara ed affidabilità diretta dei servizi.

Quanto, poi, alle diverse modalità di affidamento, occorre specificare come già la legge finanziaria per il 2002 avesse di fatto abolito la possibilità di procedere all'affidamento diretto⁶⁶ privilegiando sopra tutti gli altri il principio di selezione comparativa del gestore; mentre la legge finanziaria per il 2004, invece, definì un assetto di modalità di affidamento per i servizi a rilevanza economica così articolato: 1) società di capitali individuate mediante gara, 2) società a capitale misto pubblico-privato in cui il socio privato fosse stato scelto mediante procedure selettive rispettose dei principi comunitari nonché delle norme interne in materia di concorrenza, 3) società a capitale interamente pubblico cui il servizio possa essere affidato direttamente a condizione che l'ente o gli enti titolari del capitale sociale esercitino sul soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri organi e che la società realizzi la parte prevalente della propria attività con l'ente o gli enti pubblici predetti.

Un ulteriore passo verso la non-liberalizzazione del settore ma, allo stesso tempo, neppure verso una sua autentica privatizzazione, considerato che, pur tenendo ferma la società di capitali da selezionare con gara, la reintroduzione delle società miste in particolare⁶⁷, aveva finito per rivitalizzare

⁶⁵ Riconducibile, come detto, ai servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale. Riferisce Dugato M., *I servizi pubblici*, cit., 219 dei profili critici suscitati dalla scelta del legislatore del 2001 di sostituire il criterio dell'imprenditorialità con quello della industrialità, poiché quest'ultimo concetto si associa alle attività di impresa di produzione di beni e di servizi mentre, si ritiene, il legislatore avrebbe più verosimilmente voluto riferirsi e distinguere unicamente tra attività potenzialmente produttive di utili ed attività astrattamente non produttive di utili. Queste osservazioni sfumano solo in parte con la scelta di ritornare al solo concetto di attività economica: perso del tutto il riferimento al carattere imprenditoriale/industriale, infatti, pare comunque che si possa riconoscere la medesima intenzione del legislatore di abbracciare un criterio basato sulla produttività o meno di utili dell'attività.

⁶⁶ Sempre e solo, lo si ribadisce, per i servizi a rilevanza economica.

⁶⁷ Accanto alle società ad intera partecipazione pubblica secondo il modello dell'*in house providing* di matrice comunitaria su cui si veda il successivo capitolo.

una tendenza ibrida già introdotta con la legge 142/1990⁶⁸, affermando nuovamente il ruolo gestorio delle amministrazioni. È noto infatti il successo riscosso da queste modalità di gestione rispetto a quella astrattamente preferibile della gara, già solo in considerazione della possibilità di pervenire, almeno formalmente, all'affidamento diretto del servizio una volta scelto il socio privato mediante procedura comparativa⁶⁹, oltre che, naturalmente, in considerazione della possibilità per la PA di essere parte del soggetto (privato) gestore.

Al di là delle osservazioni che si formuleranno più avanti riguardo ai profili di maggiore criticità di queste scelte legislative, ci si limita per il momento a rammentare come la normativa del 2003 godette di scarsa stabilità, ove si consideri che solo sette mesi dopo diede occasione ad una pronuncia di incostituzionalità da parte del Giudice delle leggi.

La nozione di servizio pubblico affermatasi con le riforme di inizio secolo, con i suoi stretti legami con la nozione di concorrenza, ha finito infatti per incrociare sul proprio cammino la riforma del Titolo V della Costituzione che, come noto, all'art. 117 Cost., non include la materia dei servizi pubblici in alcuno degli elenchi di materie attribuite alla competenza legislativa dello Stato o delle Regioni. Con la conseguenza di suscitare un prevedibile contenzioso risolto dalla Corte Costituzionale⁷⁰ con la ben nota sentenza 27 luglio 2004 n. 272. In quell'occasione, le censure rivolte principalmente avverso l'art. 14 d.l. 269/2003 cit. e successive modificazioni, lamentavano la violazione degli artt. 117 e 118 Cost. in considerazione della non riconducibilità dei servizi pubblici locali ad alcuna delle materie attribuite alla competenza statale e, pertanto tacciavano la normativa di illegittimità costituzionale, incontrando, però, solo in minima parte accoglimento da parte della Consulta.

⁶⁸ Quando cioè si erano introdotte per la prima volta le società a capitale prevalentemente pubblico.

⁶⁹ Relativamente ai profili di compatibilità di questa modalità di affidamento con il principio di concorrenza, specie nell'accezione comunitaria, si rinvia ancora una volta al successivo capitolo.

⁷⁰ Cfr. nota di D'Aries C.-Nonini A., *I servizi pubblici locali: la parola alle regioni e agli enti locali*, in *Azienditalia*, 2004, 11, 291; De Gioia V., *I servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative dell'art. 117 della Costituzione*, in *Urb. app.*, 2004, 12, 1392.

La Corte, infatti, da un lato, riconobbe la disciplina statale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica⁷¹, come introdotta con la legge finanziaria 2004 (previamente modificata con legge finanziaria del 2002), rispettosa del riparto di competenze legislative poiché riconducibile alla materia della tutela della concorrenza di cui all'art. 117 comma 2, lett. s), Cost., sancendone così la natura trasversale; dall'altro lato, tuttavia, contribuì a definire i limiti dell'ingerenza tollerabile dello Stato individuando nei principi di proporzionalità e dell'adeguatezza i relativi parametri di legittimità⁷².

L'operato del legislatore statale parve, per queste ragioni, illegittimo solo relativamente alla disposizione di cui all'art. 113 *bis* e, quindi, solo relativamente alle attività che per la loro natura non economica non sono in grado di creare neppure potenzialmente un mercato che ne sia attratto e che, pertanto, ricaddero definitivamente nell'alveo delle competenze legislative esclusive regionali⁷³.

⁷¹ Con l'ovvia conseguenza che, laddove manchi la rilevanza economica, la competenza legislativa appartiene alle regioni in via esclusiva. Cfr. Delsignore M., *L'ambito*, cit., 12.

⁷² Quanto alle censure mosse riguardo all'art. 118 Cost., la Corte non ritenne di accoglierle in considerazione della natura assorbente delle motivazioni addotte a sostegno della reiezione della prima censura.

⁷³ La disciplina attuale, pertanto, deve ricercarsi unicamente nelle leggi regionali ovvero nelle regolamentazioni comunali, sebbene alla luce dei principi menzionati rimanga sempre aperta la via della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

VI. Conclusioni precarie.

Alla luce della breve ricostruzione della normativa e delle problematiche che fin qui si sono rilevate, è necessario tirare le fila del discorso prima di addentrarci, anzitutto, nella successiva evoluzione normativa e giurisprudenziale alla luce, a questo punto, della determinante influenza dell'interpretazione del diritto europeo specialmente a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso.

Pare evidente che, nonostante la copiosa produzione legislativa, si sia giunti alla fine del secolo non solo sprovvisti di una nozione di servizio pubblico locale, ma anche rassegnati alla impossibilità (vera o presunta) di potersene individuare normativamente il contenuto. Come evidenziato, l'attenzione si è spostata progressivamente verso profili attinenti alle modalità e alle relazioni nascenti dall'affidamento e, solo in via subordinata, verso aspetti specifici dell'attività che ne formava oggetto. L'individuazione della concorrenza quale chiave di lettura ha, in questo contesto, svolto un ruolo cruciale poiché, sancendo la dinamicità del sistema di gestione ed erogazione dei servizi pubblici locali, ha, apparentemente, assecondato la volontà del legislatore di non addivenire in alcun modo ad una scelta puntuale. Tutto ciò, però, solo in apparenza, poiché la valorizzazione di nuove istanze in ossequio ad una pretesa concorrenzialità del settore avrebbe potuto offrire al legislatore, semmai, un elemento di supporto per circoscrivere almeno l'oggetto del servizio pubblico locale di rilevanza economica.

Resta, così, da cogliere in questo contesto la permanente centralità del fenomeno concessorio. La progressiva privatizzazione del settore ha invero arricchito il panorama delle modalità di affidamento, dimostrando quanto indissolubile si intenda il rapporto tra ente e servizio pubblico, anche laddove con forza sia stato riconosciuto il bisogno di rendere ai privati il diritto di gestire ed erogare prestazioni utili ed essenziali per la collettività locale. Sin dalla legge Giolitti e fino ad arrivare alle riforme del 2001 e del 2003, l'affidamento mediante concessione è risultato essere lo strumento prediletto

per la sua flessibilità dagli enti locali, i quali hanno iniziato a rivolgersi altrove solo quando il legislatore ha riconosciuto loro la possibilità di ricorrere ad una via più semplice, ovvero quella dell'affidamento diretto a società interamente pubbliche⁷⁴.

Come acutamente osservato⁷⁵, questa iniziale indiscriminata⁷⁶ facoltà di optare per l'uno o l'altro modulo ha contaminato *in nuce* le pure apprezzabili intenzioni del legislatore almeno asseritamente volte, giova ricordarlo, ad una liberalizzazione del settore. La contraddittorietà, o forse semplicemente la scarsa capacità di perseguire, anche quando si sia scelto di optare per l'ibrida tutela della concorrenza per il mercato, pure la nuova via della privatizzazione, trova probabilmente nell'*in house providing* il suo capro espiatorio perfetto.

Ciononostante, e come si vedrà, il ruolo della concessione⁷⁷ e, di conseguenza, della gara per addivenirvi, è destinato a conservare la sua decisività perché si possa realizzare quel difficile e accennato equilibrio tra interesse pubblico, interesse della collettività alla economicità ed efficienza del

⁷⁴ Ovvero già sin dall'art. 22 l.142/1990.

⁷⁵ Sempre Cintioli F., *I servizi pubblici locali*, cit., 12 ss.

⁷⁶ Sempre per scelta del nostro legislatore poiché, come noto, l'istituto dell'*in house providing* nasce esso stesso quale eccezione nella giurisprudenza comunitaria ed è destinato, come si vedrà, a trovare ambiti di applicazione sempre più ristretti.

⁷⁷ Si osserva criticamente in Trimarchi Banfi F., *La gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 8 la tendenza univoca della giurisprudenza ad assimilare perfettamente il concetto di affidamento, invalso con la prima riforma del 2002, con quello di concessione a terzi. Infatti comunemente si ritiene che, sebbene non più esplicitato dalla normativa, questo sia l'unico strumento attraverso il quale è in grado di concretizzarsi l'affidamento a società private mediante gara. L'Autrice, tuttavia, individua diversi profili in ragione dei quali l'affidamento non potrebbe coincidere con la concessione. Il legislatore avrebbe voluto, in particolare, "espungere" dalla fattispecie "i connotati pubblicistici che caratterizzano la concessione" allo scopo di separare, anzitutto sotto un profilo formale, l'interesse societario dall'interesse del socio, incluso quello pubblico. Questa intenzione sarebbe particolarmente evidente in tema di società miste e sarebbe sorretta dallo scopo di evitare quelle commistioni che, notoriamente, hanno compromesso l'economicità dei servizi pubblici locali senza essere correlati a chiare posizioni di responsabilità per l'inefficienza ed il cattivo andamento delle gestioni. In un modello, invece, in cui non figurino la concessione come elemento ineliminabile della fattispecie-affidamento, tale distinzione sarebbe possibile e sarebbe assicurata proprio dal binomio società mista- contratto di servizio nel quale verrebbe a confluire una volta per tutte la compiuta definizione dell'interesse pubblico da massimizzare, poiché consumato quel momento di rappresentanza della collettività locale, all'amministratore di nomina pubblica non resterebbe che perseguire l'esclusivo interesse della società e non del socio che lo ha designato. Risiederebbe nel titolo contrattuale e non in un provvedimento amministrativo (benché nella sua accezione composta) l'intero regolamento che entrambe le parti sono chiamate ad osservare senza che nessuna, specie quella pubblica, possa procedere ad aggiustamenti all'occorrenza necessari o opportuni per il migliore perseguimento dell'interesse della collettività. L'uso dello strumento della società di capitali, osserva l'Autrice, condurrebbe quindi ad una immutabilità dell'assetto così come definito nel contratto di servizio, ipotesi quest'ultima pressoché sconosciuta al settore.

sistema ed interesse dei privati ad una gestione economicamente vantaggiosa che compensi i rischi assunti.

Risulta, di conseguenza, avvalorata l'intenzione manifestata in premessa e cioè quella di segnare il percorso successivo con lo scopo di individuare, pur con tutti i limiti del caso, non solo e non tanto i caratteri essenziali della concessione quanto, piuttosto, i principi generali e ancora le regole da seguire nello svolgimento della gara preordinata al rilascio del titolo che, come noto, mancava allora e manca tuttora di una compiuta disciplina legislativa sia a livello europeo che a livello nazionale.

Parte II

I. Premessa.

Come per la disamina della nozione di concessione di servizio pubblico locale di rilevanza economica sotto il profilo nazionale, anche sotto il profilo europeo occorre muoversi lungo due binari paralleli, ovvero quello che riguarda il contenuto, i limiti e le implicazioni del concetto di servizio di interesse economico generale e quello relativo allo strumento concessorio, con particolare riferimento alla dibattuta differenza rispetto all'appalto ed alle conseguenze problematiche che ne derivano in termini di disciplina applicabile.

Sotto entrambi i profili, destinati inevitabilmente ad incrociarsi, l'influenza europea appare solo in parte dirimente e più spesso foriera di nuovi dubbi lasciati alla mano, mai troppo decisa, del legislatore nazionale come di quello europeo.

II. La nozione di servizio di interesse economico generale: profili e questioni generali.

È ben noto come, sin dagli albori dell'ordinamento europeo, le sue istituzioni e gli Stati membri abbiano manifestato interesse e riconosciuto progressivamente maggiore importanza a tutte le attività economicamente rilevanti per la realizzazione dapprima del mercato unico e, successivamente, dell'unione di Stati anche sotto un profilo sociale. Il

Trattato che istituisce la Comunità europea, come modificato dal Trattato di Maastricht e successivamente dal Trattato di Amsterdam, ha esplicitamente previsto che il conseguimento di questo obiettivo sia inevitabilmente connesso alla garanzia della libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi (art. 14 n. 2 TCE, oggi letteralmente all'art. 26 n. 2 TFUE, nonché art. 3 n. 2 TUE come modificato dal Trattato di Lisbona)⁷⁸.

Tuttavia, a questo proposito va subito sottolineato che la progressiva centralità dei valori predetti non pare affatto aver superato la primazia dell'obiettivo originario della concorrenzialità del mercato che l'Unione si prefigge di raggiungere e che si pone quale strumento di efficienza allocativa in grado, piuttosto, di entrare in conflitto con quelle libertà⁷⁹.

Va in effetti dato conto dell'espunzione dal Trattato UE, come modificato dal Trattato di Lisbona, della "concorrenza libera e non falsata nel mercato interno" dagli obiettivi dell'Unione che, oggi, all'art. 3 menziona prettamente i valori sociali su cui fondare le azioni e gli interventi europei futuri⁸⁰. Tuttavia altri meno espliciti riferimenti depongono in senso

⁷⁸ Trattato che istituisce la Comunità europea, oggi Trattato sul funzionamento dell'Unione europea così come statuito dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona ed entrato in vigore il 10 dicembre 2009.

⁷⁹ L'osservazione di deve a Trimarchi Banfi F., *Considerazioni*, cit., 945.

Si leggano altresì Tosato G.L., *Il Trattato di Lisbona: una riforma completata?*, su www.astridonline.it, 3; Tesauro G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 16; Marchegiani G., *Le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona nel quadro regolamentare della Banca europea degli investimenti*, in www.giustamm.it.

⁸⁰ Così testualmente il nuovo articolo 3, cit.: "1. L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. 2. L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima. 3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo. 4. L'unione istituisce un'unione economica e monetaria la cui moneta è l'euro. 5. Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo

opposto: già proprio all'art. 3, par. 3, cit., si legge che "l'Unione instaura un mercato interno", che si sviluppa su "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva"; così anche l'art. 113 TFUE (già art. 93 TCE) che riconosce al Consiglio una competenza legislativa speciale da esercitare quando si renda necessario "assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza"⁸¹; e occorre considerare, infine, il Protocollo 27, allegato al Trattato di Lisbona, dove si specifica che il mercato interno di cui all'art. 2 TUE comprende un sistema che assicura una concorrenza non falsata.

È alla luce di questa premessa fondamentale che occorre leggere il diritto europeo dei servizi di interesse economico generale e, in particolare, gli strumenti ideati per superare i predetti contrasti con le libertà dei Trattati, tenendo altresì a mente la profonda differenza tra l'impostazione che si va ad esaminare e quella tipica di nazioni come l'Italia⁸², che - si è visto nel precedente capitolo - associa alla produzione ed erogazione dei servizi alla collettività il ruolo fondamentale della pubblica amministrazione nel dare risposta ai bisogni generali così come dalla stessa individuati e che, parallelamente, identifica proprio attraverso quei bisogni la nozione di servizio pubblico⁸³.

sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite. 6. L'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati".

⁸¹ Testualmente: il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza.

⁸² Cfr. Corso G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. Quadr. Serv. Pubb.*, 1999, 17-19; Ramajoli M., *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario, autonomia e responsabilità degli Stati membri di fronte al disegno liberalizzatore comunitario*, in *La concessione di pubblico servizio*, cit., 325 ss.; Parisio V., *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, a cura di Parisio V., Milano, 2010, 108.

⁸³ A proposito si veda il primo capitolo.

Per meglio comprendere il conflitto latente tra le due nozioni e riuscire a giungere ad una composizione dello stesso attraverso la parziale identificazione della nozione interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica con quella di Sieg, occorre prendere le mosse dalle norme europee indicative di quest'ultima nozione e della disciplina che dalla stessa discende.

Per quel che qui rileva, occorre considerare anzitutto che la (unica) nozione europea di servizi si rinviene nell'art. 57 TFUE (*ex art. 50 TCE*), il quale li definisce “[...] le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone [...]” e vi fa seguire un elenco di attività il cui carattere meramente esemplificativo non pare essere in discussione⁸⁴. Si tratta senz'altro di attività dotate di rilievo economico, nel senso che la presenza di una retribuzione⁸⁵ costituisce elemento essenziale della fattispecie. Non occorre indagare tuttavia, si è detto⁸⁶, sul dato che l'emolumento provenga dai beneficiari del servizio

⁸⁴ Cfr. Corte di Giustizia, 17 marzo 2011, n. 372, nelle cause riunite C-372/09 e C-373/09 con riferimento alla prestazione del servizio di un perito giudiziale con funzioni di traduttore spagnolo e alla illegittimità comunitaria della normativa francese quando “l’iscrizione ad un elenco di periti giudiziari traduttori è assoggettata a condizioni inerenti alla qualifica senza che gli interessati possano venire a conoscenza della motivazione della decisione adottata nei loro confronti e senza che questa possa essere oggetto di un effettivo ricorso di natura giurisdizionale che consenta di verificare la sua legittimità, soprattutto con riguardo all’osservanza del requisito, risultante dal diritto dell’Unione, che la loro qualifica acquisita e riconosciuta in altri Stati membri sia stata debitamente presa in considerazione”. Nel caso di specie l’iscrizione, pur non obbligatoria né per il perito né per il giudice chiamato a scegliere l’esperto di cui avvalersi, era soggetta ad un procedimento di verifica di requisiti tra i quali non figurava il previo possesso della qualifica presso altri Stati membri né, pur essendo valutato in via di prassi quale elemento rilevante, sarebbe stato in alcun modo possibile accedere alle motivazioni di un diniego o tantomeno contestarle in via giurisdizionale.

⁸⁵ Sorace D., *I servizi <<pubblici>> economici nell’ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. amm.*, 2010, 6; Bertozzi L. - Villata R., *I servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da Chiti M. - Greco G., Milano, 2007, 1794, spec. nota 5.

⁸⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione 26 aprile 2006 relativa all’attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali di interesse generale in Europa, 6, laddove (pur se riguardo ai servizi sociali) si legge che “la Corte ha stabilito che le prestazioni fornite solitamente contro retribuzione debbano essere considerate come attività economiche ai sensi del Trattato. Il Trattato non esige tuttavia che il servizio venga pagato direttamente da coloro che ne beneficiano. Ne consegue che la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta «un’attività economica» conformemente agli articoli 43 e 49 del Trattato CE”; cfr. inoltre sul punto Scotti E., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in *I servizi pubblici locali* a cura di Mangiameli S., 2008, 48; Sorace D., cit., 6-7.

oppure dall'amministrazione erogatrice, poiché ciò che viene in rilievo ai fini che ci interessano è che i servizi vengano prestati da un soggetto riconducibile alla nozione di impresa, nel senso europeo del termine⁸⁷.

Quest'ultimo inciso consente di specificare che l'impostazione europea in tema di attività economicamente rilevanti e rivolte al pubblico, al di là delle ulteriori e specifiche norme che si andranno ad esaminare, è profondamente differente rispetto a quella nazionale⁸⁸, in quanto concentrata quasi unicamente sul rilievo che una specifica attività spieghi o meno effetti sul mercato, a nulla rilevando la forma giuridica del soggetto che la presta ovvero la modalità del suo finanziamento⁸⁹. Per considerare un'attività come

⁸⁷ Sul punto Ramajoli M., *Concessioni*, cit., 334 ss. nonché nota 47 ed autori ivi citati.

⁸⁸ Benché, per un'inclinazione giurisprudenziale nazionale apparentemente più vicina a quella europea, si legga Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4870, in merito all'impugnazione di prescrizioni volte a garantire la messa in sicurezza e la bonifica di un sito inquinato di interesse nazionale, ove i giudici hanno affermato che per identificare un servizio pubblico "oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario [...] che tali attività presentino carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)". Il giudice nazionale definisce in questo caso il contenuto oggettivamente economico e pubblico di un insieme di prestazioni e non anche il concetto di impresa nel senso di organizzazione deputata alla sua gestione secondo criteri di economicità: i due piani accedono a logiche diverse, benché entrambi muovano dalla irrilevanza dell'eventuale coinvolgimento/trasferimento di funzioni amministrative.

⁸⁹ *Ex multis* cfr. Corte di Giustizia, 3 marzo 2011, AG2R Prèvoyance, nella causa C-437/09; Corte di Giustizia, 19 luglio 2012, C- 28/10 P e C-14/11 P; Corte di Giustizia, 12 luglio 2012, Compass-Datenbank GmbH, (in quella fattispecie l'attività svolta non implicava per i giudici la qualifica di impresa in capo all'autorità pubblica che in esclusiva e dietro pagamento di somme prescritte *ex lege* forniva un servizio di raccolta e memorizzazione di dati obbligatoriamente comunicati dalle imprese) dove si legge che "secondo una giurisprudenza costante, costituisce attività economica qualunque attività consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato (sentenze del 24 ottobre 2002, Aéroports de Paris/Commissione, C-82/01 punto 79; del 1° luglio 2008, MOTOE, C-49/07, punto 22, e del 3 marzo 2011, AG2R Prèvoyance, C-437/09, punto 42). Pertanto, lo Stato stesso o un ente statale possono agire come impresa (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 1985, Italia/Commissione, 41/83, punti 16-20)"; a livello nazionale invece per tutte Corte di Cassazione, S.U., 30 dicembre 2011, 30175 chiamata, ai fini della verifica di un abuso di posizione dominante, a dare qualifica all'Agenzia del Territorio, tenuta istituzionalmente alla formazione, conservazione e gestione dei registri ipotecari e catastali, nella fattispecie in cui eserciti attività differenti e aventi per oggetto il trattamento commerciale dei dati ricavati dalla consultazione di detti registri. La Suprema corte ha precisato quindi che: 1) la nozione d'impresa, nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento; 2) si tratta, cioè, di una nozione [...] la cui essenziale connotazione risiede nell'esercizio organizzato e durevole di un'attività economica sul mercato, a prescindere dal modo in cui i singoli ordinamenti nazionali definiscono l'ente o la persona fisica alla quale la suddetta attività economica fa capo; 3) l'indubbio carattere pubblico di una serie di funzioni esplicate dall'Agenzia del territorio [...] non è risolutivo per

economica è necessario quindi che un soggetto offra beni o servizi su un mercato esistente, ovvero in un contesto in cui domanda e offerta si incontrano in un momento ed un luogo che realizza, secondo un criterio di organizzazione sociale, gli interessi delle parti coinvolte. Ma non solo, ai fini dell'interesse europeo per attività di tal genere, occorre altresì che il mercato così definito possa pure qualificarsi come rilevante ai sensi della Comunicazione della Commissione europea del 9 dicembre 1997⁹⁰, ovvero ai fini della verifica dell'incidenza di una data attività sulla concorrenza, ambito di intervento esclusivo dell'Unione europea.

Ai sensi dell'art. 3 n.1 b) TFUE, l'Unione ha infatti competenza esclusiva nella "definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno" ed è inevitabile che la prestazione di servizi economicamente rilevanti⁹¹ sia in grado di incidere sulle dinamiche del mercato alterandolo attraverso comportamenti e misure che integrino pratiche restrittive della concorrenza stessa ovvero abuso di posizione dominante a scapito di altri operatori.

Alla luce di queste premesse sorge spontaneo anzitutto l'interrogativo circa la riconducibilità o meno alla categoria dei servizi definiti dall'art. 57 TFUE, così contestualizzati, dei servizi di interesse economico generale, cioè

dare risposta negativa al quesito posto [...] in considerazione dell'ulteriore attività di carattere economico che lo statuto abilita l'ente a svolgere, che è destinata a ricadere nell'applicazione della normativa antimonopolistica a prescindere dal fatto che il medesimo soggetto contemporaneamente eserciti anche funzioni pubbliche non connotate da carattere imprenditoriale.

⁹⁰ Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicabilità del diritto comunitario in materia di concorrenza, pubblicata in G.U.U.E. C 372 del 9 dicembre 1997.

Cfr. inoltre Tribunale I grado UE, 29 marzo 2012, T-336/07, *Telefonica SA v. Commissione*, ove si legge chiaramente che: 1) "risulta parimenti dalla comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza che «[i]l mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati»".

⁹¹ Per le ragioni appena enunciate non si prendono qui in esame i servizi di interesse generale che non abbiano rilevanza economica: di fronte a questo tipo di prestazioni il diritto europeo non detta disposizioni volte a garantire il corretto funzionamento di un mercato che non può dirsi esistente. L'oggetto del presente studio, infatti, verte sull'affidamento mediante concessione di servizi pubblici di rilevanza economica e che, si vedrà più avanti, coincidono nei loro contenuti essenziali con la nozione di Sieg. Cfr. in questo senso, Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, su I servizi d'interesse generale in Europa, punto 28 e il Libro verde sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione europea il 21 maggio 2003, specialmente al punto 32.

che impone preliminarmente di esaminarne - pur senza pretese di esaustività - il contenuto.

Nessuna delle norme europee contiene una definizione di servizio di interesse economico generale⁹², ma solo poche menzioni funzionali alla previsione di discipline derogatorie degli obblighi e divieti prescritti dal Trattato in materia di concorrenza.

Già nell'art. 90 par. 2 del Trattato di Roma si fa menzione dei Sieg laddove si esplicita che “le imprese incaricate della gestione di servizi d’interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”. Il riferimento è strumentale, quindi, alla possibilità che, a determinate e stringenti condizioni, gli Stati membri possano mantenere o creare situazioni anticoncorrenziali con riferimento a imprese che gestiscono servizi così definiti. Il tenore normativo si pone fin da subito come eccezionale rispetto alle prescrizioni fondamentali del Trattato in materia di concorrenza: si evince così l’indifferenza del diritto europeo rispetto alla riconducibilità o meno di certe prestazioni all’interesse generale - chiamate pertanto al rispetto di quelle regole - rilevando unicamente la potenziale negativa incidenza sul mercato delle misure mantenute o introdotte per il perseguimento della “missione” delle imprese a ciò deputate. Le prestazioni predette rivolte alla collettività e sottoposte alla cura di una pubblica amministrazione ricadono evidentemente nell’alveo di tutte le disposizioni del Trattato senza che importi, se non nei termini cui si è fatto cenno, il perseguimento da parte dei soggetti erogatori di fini generali: quest’ultimo dato – va ribadito – giustifica unicamente la tolleranza di talune misure strettamente strumentali al valore centrale riconosciuto dall’Unione agli interessi che attraverso le medesime si intendono garantire o massimizzare.

⁹² Villata R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 31 ss.; Bertonazzi L.-Villata R., cit., 1791 ss.; Lottini M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2005, 1351 ss.; Perfetti L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2001, 479 ss..

L'impostazione così delineata rimarrà ferma a fronte delle successive modifiche al Trattato CE anche quando, col Trattato di Amsterdam del 1997, sarà sostanzialmente riprodotta nei nuovi artt. 16, 73, 86 e 87 TCE, ma col nuovo intento di valorizzare il ruolo degli Stati membri i quali, considerata "l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione [...]”, provvedono “affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti”.

Sfugge anche a queste norme la definizione di Sieg, che si ritrova tuttavia ripetuta in diversi atti della Commissione europea, tra cui *in primis* la Comunicazione del 26 settembre 1996⁹³, che vi fa rientrare i “servizi di natura economica che gli Stati membri o la Comunità europea assoggettano a specifiche obbligazioni di pubblico servizio in base ad un criterio di interesse generale”.

Traendo spunto da questa definizione comunemente condivisa⁹⁴ nella prassi e dalla giurisprudenza europea⁹⁵, è possibile ora soffermarsi sui

⁹³ Ovvero la Comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa 96/C 281/03, modificata dalla Comunicazione del 19 gennaio 2001 2001/C 17/04. Per una recente descrizione del discrimine tra attività economiche e non si veda la Comunicazione della Commissione del 20 dicembre 2011, sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale.

⁹⁴ Cfr. Bertonazzi L.-Villata R., cit., 1792-1797; Sorace D., cit., 4.

⁹⁵ Esaustivo in tal senso pare il cuore del percorso motivazionale del Tribunale di I grado, 12 febbraio 2008, T-289/03, Bupa. In quella fattispecie si trattava di indagare sulla natura economica dell'attività svolta da una pubblica autorità consistente nel memorizzare, in una banca dati, informazioni che le imprese sono tenute a comunicare in base ad obblighi legali, nel consentire agli interessati di consultare tali dati e/o nel fornire loro copie degli stessi su supporto cartaceo dietro pagamento di un corrispettivo, vietandone al contempo ogni impiego ulteriore, poiché tale pubblica autorità si avvale, in particolare, della tutela *sui generis* concessale in quanto costituente della banca dati in questione. Ivi si legge che 1) nel diritto europeo, e ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza del Trattato CE, non esiste né una definizione normativa chiara e precisa della nozione di missione Sieg, né un concetto giuridico consolidato che fissi in modo definitivo le condizioni che debbono essere integrate perché uno Stato membro possa validamente invocare l'esistenza e la protezione di una missione Sieg, 2) per quanto riguarda la competenza per stabilire la natura e la portata di una missione Sieg ai sensi del Trattato, nonché il grado di controllo che le istituzioni comunitarie devono in questo contesto esercitare, dal punto 22 della comunicazione sui servizi d'interesse generale [...] e dalla giurisprudenza del Tribunale risulta che gli Stati membri hanno un ampio margine di potere discrezionale quanto alla definizione di ciò che essi considerano Sieg e che la definizione di tali servizi da parte dello Stato membro può essere messa in discussione dalla Commissione solo in caso di errore manifesto (v. sentenza del Tribunale, 15 giugno 2005, causa T-17/02, Olsen/Commissione, punto 216 e la giurisprudenza ivi citata), 3) pure in questo contesto di ampio margine discrezionale per gli Stati membri, occorre che questi si attengano a

singoli elementi che compongono la nozione di Sieg, accettando la genericità delle indicazioni offerte quale inevitabile conseguenza della labilità dei confini della categoria europea come, pure si è visto, di quella nazionale.

III. Primo elemento: il servizio di natura economica.

Il carattere economico delle prestazioni si ricollega, tra gli elementi sopra menzionati, all'esistenza di una retribuzione⁹⁶ nonché ad un impatto su un mercato rilevante e costituisce la linea di confine dell'applicabilità della normativa europea alla materia.

Difatti il Trattato CE (e successive modificazioni) si occupa unicamente di attività economicamente rilevanti e, di conseguenza, ne restano escluse quelle ininfluenti sotto questo profilo. Ciò evidentemente rende decisivo il momento dell'individuazione dei caratteri che rendono una prestazione economica e che ci conduce necessariamente ad una verifica da espletarsi caso per caso⁹⁷, così come ripetutamente specificato dalla

taluni criteri minimi comuni a tutte le missioni Sieg ai sensi del Trattato CE, e cioè la presenza di un atto della pubblica autorità che investe gli operatori di una missione Sieg nonché del carattere universale e obbligatorio di tale missione e, ancora, l'indicazione puntuale delle ragioni per le quali ritiene che il servizio meriti, per il suo carattere specifico, di essere qualificato come Sieg e distinto da altre attività economiche (v., in questo senso, sentenze Corte di Giustizia, 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, e 27 novembre 2003, cause da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse*) infatti, senza una siffatta motivazione, un controllo, anche marginale, da parte delle istituzioni comunitarie sarebbe impossibile.

⁹⁶ Lo dà per scontato anche la Comunicazione della Commissione del 26 settembre 1996 sui servizi di interesse generale in Europa alla voce servizio di interesse economico generale.

⁹⁷ In generale secondo Corte di Giustizia, 12 luglio, cit., “costituisce attività economica qualunque attività consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato (sentenze del 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris/Commissione*, C-82/01 P, punto 79; del 1° luglio 2008, *MOTOE*, C-49/07, punto 22, e del 3 marzo 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, punto 42)” e pertanto “lo Stato stesso o un ente statale possono agire come impresa (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 1985, *Italia/Commissione*, 41/83, punti 16-20)”; può inoltre essere utile in tal senso specificare che “le attività che si ricollegano all'esercizio di pubblici poteri non presentano un carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato TFUE (v., in tal senso, sentenze dell'11 luglio 1985, *Commissione/Germania*, 107/84, punti 14 e 15; del 19 gennaio 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, punto 30, nonché *MOTOE*, cit., punto 24) e che nei limiti in cui un ente pubblico

Commissione⁹⁸. La flessibilità della nozione accresce la casistica di situazioni⁹⁹ che vengono annoverate volta per volta tra servizi privi o dotati di rilevanza economica e da questo panorama variegato si è certamente in grado di ricavare indicazioni di massima utili a comprendere i dati essenziali per la qualifica. Si è già fatto cenno, per esempio, all'irrilevanza della natura pubblica o privata della fonte della retribuzione e della decisività¹⁰⁰, piuttosto, della offerta dei servizi in un mercato. Può aggiungersi, impiegando qualche spunto tratto dalla giurisprudenza europea, che non è affatto precluso ad un soggetto giuridico che svolga principalmente attività non economica di offrire altresì prestazioni economicamente rilevanti sul mercato¹⁰¹. Meno problematico, poi, risulta di volta in volta l'impiego da parte della Corte del criterio negativo, ovvero dell'individuazione della natura non economica di una certa attività con lo scopo di delimitare la nozione opposta: si ritrovano esempi di servizi non economici nelle funzioni ascrivibili a prerogative dello Stato, quali la sorveglianza dello spazio aereo oppure la vigilanza e prevenzione dell'inquinamento delle acque portuali¹⁰².

svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, in ordine a una siffatta attività tale ente agisce come impresa mentre, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, tutte le attività svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei suddetti poteri (v., in tal senso, sentenza del 26 marzo 2009, SELEX Sistemi Integrati/Commissione, C-113/07 P, punti 72 ss.).

⁹⁸ Comunicazione 20 novembre 2007 COM 2007 725, def. 5, su I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo. Testualmente “ a tale interrogativo non può essere data una risposta a priori; è infatti necessariamente un'analisi caso per caso”. In realtà già nella Comunicazione della Commissione del 19 gennaio 2001, sui Servizi di interesse generale in Europa si è osservato che il dinamismo della nozione rende né fattibile né auspicabile la fissazione di un elenco che pretenda di essere esaustivo di tutti i servizi di interesse generale, in quel caso, non economici.

⁹⁹ Comunicazione del 2001, cit. punto 28, riporta talune decisioni della Corte di Giustizia che hanno escluso il carattere economico di certe prestazioni svolte da un organismo che controlla e sorveglia lo spazio aereo e che riscuote i compensi dovuti per l'utilizzo del suo sistema di navigazione aerea, o anche da un ente di diritto privato che esercita una sorveglianza antinquinamento in un porto marittimo, i quali esercitano poteri che sono tipici dei poteri pubblici. Cfr. a riguardo Corte di Giustizia, 19 gennaio 1994, Causa C-364/92, SAT/Eurocontrol, e Corte di Giustizia, 18 marzo 1997, Causa C-343/95, Diego Calí.

¹⁰⁰ Lottini M., cit., 1352.

¹⁰¹ Cfr. per tutte Corte di Giustizia, cause riunite C-180-184/98 *Pavel Pavlov and others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, dove si afferma che ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica.

¹⁰² Cfr. sul punto Trimarchi Banfi F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. It. Dir. pubb. Com.*, 2008, 1070 e la giurisprudenza ivi citata (spec. note 15, 16, 17). Non può non osservarsi, in linea con il contributo citato (1070-1071), che la giurisprudenza ivi menzionata manca di chiarire i caratteri che debba possedere un'attività di questo tenore per

Emerge chiaramente, e ritornerà più volte nel corso del presente capitolo, l'approccio sostanzialistico della Corte di Giustizia che ricerca volta per volta nella fattispecie concreta gli elementi necessari perché possa venire in rilievo la nozione di impresa e di servizio di interesse generale e contestualmente rilevante sotto il profilo economico.

IV. Secondo elemento: l'interesse generale alla prestazione.

Secondo la definizione che si rinviene negli atti della Commissione sopra menzionati, l'interesse generale si identifica con la missione assolta dal servizio reso, ovvero con gli obiettivi di interesse generale che gli Stati membri si prefissano di perseguire attraverso l'imposizione al gestore/erogatore del servizio di obblighi di servizio pubblico¹⁰³.

Quest'ultimo dato, in particolare, definisce il tratto maggiormente caratterizzante della nozione di Sieg¹⁰⁴ poiché individua il presupposto sulla base del quale uno Stato membro ha la facoltà di sottrarre alle regole della concorrenza determinate attività: solo quando un'attività economica sia sottoposta ad imposizioni di tal genere, che siano necessarie per il perseguimento di quelle finalità¹⁰⁵, si riconosce come legittima l'abdicazione alle regole del mercato. Il problema più delicato risiede, quindi, anzitutto nel comprendere il significato dell'espressione "obblighi di servizio pubblico" e,

poter superare il vaglio europeo ed essere qualificata come prerogativa dello Stato. Seppure si neghi che i criteri nazionali siano vincolanti a livello europeo, la Corte non provvede comunque a definire quelli sovranazionali.

¹⁰³ Bertozzi L. – Villata R., cit., 1794, in particolare nota 4 ove si osserva l'identità dei concetti di obbligo di servizio pubblico, di mandato di servizio pubblico, missione o mandato di interesse generale che vengono menzionati indistintamente ai punti 7 e 94 del Libro verde cit. della Commissione.

¹⁰⁴ La presenza di obblighi di servizio pubblico non è invece determinante per l'individuazione del carattere economico delle prestazioni: questa connotazione attiene alle modalità di erogazione/gestione delle prestazioni, mentre gli obblighi di servizio pubblico possono essere imposti pure nell'ambito di una gestione non economica di certi servizi.

¹⁰⁵ Tesoro G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 788.

successivamente, nell'indagine su quando tali misure possano davvero dirsi necessarie ai fini predetti¹⁰⁶.

Quanto al primo interrogativo, si fa presente che soltanto in materia di trasporti è dato rinvenire una definizione normativa degli obblighi di servizio pubblico¹⁰⁷, laddove l'art. 2 del Regolamento CE 1191/69 vi riconduce quelli che "l'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni".

La definizione, benché affatto esaustiva di per sé, rende però in modo chiaro il concetto di antieconomicità che deve caratterizzare le decisioni che vi possono ricadere e si spiega considerando che gli obblighi predetti trovano fondamento in una valutazione discrezionale dell'ente chiamato a soddisfare le esigenze di interesse generale (cd. missioni), il quale accerti l'inidoneità del mercato e delle sue dinamiche ad assicurare alla collettività le prestazioni ritenute necessarie.

Non quindi l'assenza di un mercato, anzi, proprio la sua esistenza - come si è detto ad altro proposito - dà occasione all'amministrazione¹⁰⁸ competente di appurare l'adeguatezza dei suoi meccanismi alle esigenze riscontrate¹⁰⁹ e di determinarne, in caso di giudizio negativo, la sottrazione alla concorrenza al fine di addossare al gestore quegli obblighi minimi in cambio, generalmente, dell'attribuzione di compensazioni economiche¹¹⁰ o diritti di esclusiva; i quali, a loro volta, si giustificano, in linea di massima, solo quando in mancanza le altre imprese potrebbero soddisfarsi sulla

¹⁰⁶ Chiaramente Corso D., *I servizi pubblici*, cit., 5.

¹⁰⁷ Benché, si rammenta, si verta in materia di servizi di interesse economico generale.

¹⁰⁸ Emergeva già dalla lettura dell'art. 90, poi 86 TCE e oggi 106 TFUE la competenza dello Stato membro di fissare discrezionalmente i contenuti degli obblighi, mentre resta di pertinenza della Commissione vagliarne i limiti di compatibilità con il diritto europeo.

¹⁰⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione del 19 gennaio 2001 sui Servizi di interesse generale in Europa, sezione 2, punto 9, laddove dispone che gli Stati membri debbano definire con una certa precisione quali siano le necessità degli utenti da soddisfare con i servizi di interesse generale, a chi spetti stabilire gli obblighi in materia e farli rispettare, e in che modo tali obblighi saranno adempiuti.

¹¹⁰ Da qui il rilievo della disciplina in materia di aiuti di stato di cui si dirà nel prosieguo. Al momento basti accennare alla previsione contenuta nella medesima fonte all'art. 77, che ammette aiuti di Stato all'impresa trasportatrice che, in particolare, debba accettare di prestare il servizio a condizioni, ad esempio tariffarie, antieconomiche.

cosiddetta *cream skimming*¹¹¹, ovvero sulla fetta di domanda “economicamente interessante”, pregiudicando al gestore gravato dagli obblighi antieconomici la compensazione delle parti meno redditizie del servizio.

Quanto al secondo interrogativo, si pone il problema di comprendere cosa debba intendersi per impossibilità di perseguire altrimenti le finalità - la missione - individuate dall'ente.

La necessità, quindi, l'inevitabilità, che giustifica l'imposizione di simili condizioni operative e che - lo si vedrà più avanti - porta con sé l'eventuale previsione di misure compensative collaterali, va correlata proprio ai bisogni di interesse generale individuati dall'ente, che richiedono di essere garantiti secondo standard prestabiliti a monte da quest'ultimo. Tali obblighi sono, pertanto, parametrati dall'ente anzitutto sulla base delle esigenze ritenute preminenti e, in secondo luogo, sulla base del settore cui afferiscono. Ciò detto e benché la giurisprudenza abbia riconosciuto alle autorità nazionali ampi margini di discrezionalità in tal senso¹¹², questa valutazione resta sindacabile da parte della Commissione, se non altro per ipotesi di errore manifesto.

Vi sono poi interi settori di attività il cui interesse economico generale è pacifico al punto che lo stesso diritto europeo è regolarmente intervenuto per disciplinarne l'armonizzazione nei vari Stati membri. Il riferimento è alla fornitura dell'energia elettrica e del gas, al trasporto, alle telecomunicazioni, ai servizi postali destinatari di apposite normative europee che si caratterizzano principalmente per l'affermazione del concetto

¹¹¹ Sempre Corso G., *I servizi pubblici*, cit., 8, richiamando la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo del noto caso Corbeau, riferisce di come l'Unione riconosca l'essenzialità della presenza di obblighi di servizio pubblico che siano, per definizione antieconomici, addossati all'operatore prescelto, presupponendo tuttavia che sin dall'origine si prevedano meccanismi o dinamiche compensative delle perdite che i medesimi comportano; a cui evidentemente consegue l'obiettivo di evitare in ogni modo il fenomeno del *cream skimming* sopra descritto.

¹¹² In questo senso si cita nuovamente Tribunale di I grado, 12 febbraio 2008, T-289/03, Bupa; ma anche la Comunicazione sui servizi di interesse generale del 2001, punto 22 dove si legge che “affinché sia applicabile la deroga di cui all'articolo 86, paragrafo 2, la missione di servizio pubblico deve essere chiaramente definita ed essere affidata esplicitamente con atto pubblico (compresi i contratti). Tale obbligo è necessario per garantire la certezza giuridica e la trasparenza nei confronti dei cittadini ed è indispensabile perché la Commissione possa verificare il rispetto del criterio di proporzionalità”. Sul punto si tornerà più avanti nel presente capitolo.

di servizio universale che si pone in stretta correlazione con gli obblighi di servizio pubblico di cui si è fin qui detto.

Si rinviene per la prima volta una nozione normativa¹¹³ di servizio universale nella direttiva 97/33/CE¹¹⁴ del 30 giugno 1997, art. 2, comma 1, lett. g) che lo individua in “un insieme minimo, definito, di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile”: la garanzia dell’accesso a quelle prestazioni da parte dell’utenza astrattamente individuata è assicurata dall’ente pubblico attraverso l’imposizione di obblighi di servizio universale¹¹⁵, *species* del

¹¹³ Già però nella Comunicazione della Commissione del 26 settembre 1996 sui servizi di interesse generale in Europa alla voce servizio universale si leggeva: “sviluppato dalle istituzioni della Comunità, questo concetto indica l’insieme di esigenze d’interesse generale cui dovrebbero essere assoggettate, nell’intera Comunità, attività come ad esempio le telecomunicazioni e le poste. Gli obblighi che ne discendono sono finalizzati a garantire ovunque l’accesso di tutti a determinate prestazioni essenziali, di qualità e a prezzi abbordabili”. Si veda anche il punto 28 della stessa Comunicazione che per la fornitura del servizio universale sottolinea l’ispirazione “a precisi principi: parità, universalità, continuità, adeguamento, nonché a rigorosi orientamenti: trasparenza nella gestione, nella tariffazione e nel finanziamento; controllo ad opera di organi distinti dagli operatori”.

Cfr inoltre art. 4 par. 1, direttiva 2002/22 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativo al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica; così come anche paragrafo 1, punto 2 dell’allegato al libro Verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003.

A tale ultimo proposito si segnala l’ultimo periodo del punto 2 citato, ove si legge “in un contesto di liberalizzazione, un obbligo di servizio universale garantisce che tutte le persone all’interno dell’Unione europea abbiano accesso al servizio ad un prezzo abbordabile e che la qualità del servizio sia mantenuta e, se del caso, migliorata”. Sembra che dal riferimento ad un contesto di liberalizzazione del servizio, quindi di concorrenza nel mercato, possa desumersi che il concetto di servizio universale sia compatibile con un assetto perfettamente concorrenziale così come di un regime di servizio pubblico, costituendo, in entrambi i casi, solo un aspetto delle fattispecie.

¹¹⁴ Sull’interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l’interoperatività attraverso l’applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta.

Il concetto, si è detto, aveva fatto la sua comparsa già in altri atti europei all’inizio degli anni Novanta. La Comunicazione al Consiglio e al Parlamento del 28 aprile 1993 oppure anche la Risoluzione del 16 giugno 1993 ne sono ulteriori esempi significativi.

Si rammenta sinteticamente che le origini dell’istituto risalgono invero all’ordinamento statunitense delle telecomunicazioni e, in particolare, al Communication Act del 1934 che ne codificò il principio. Cfr. Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, 41 ss.; Brogi E., *Liberalizzazione e servizio universale: l’esperienza statunitense*, in Zaccaria R., *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello G., 431; in generale Cartei G.F., *Il servizio universale*, Milano, 2002.

¹¹⁵ Ciò è evidente ove si consideri il concetto di universalità solo come una delle declinazioni possibili del servizio universale, che contraddistingue altresì per il dover essere economicamente abbordabile e qualitativamente soddisfacente. Da questo Bertonazzi L.-Villata

genus obblighi di servizio pubblico, preordinati di conseguenza a rendere fruibili le prestazioni alle condizioni ottimali definite dall'ente¹¹⁶ nel rispetto, tra gli altri, del principio di non discriminazione.

L'antieconomicità delle imposizioni anche in questo caso si interseca con la possibilità¹¹⁷ di attribuire all'impresa obbligata delle compensazioni economiche ovvero dei diritti di esclusiva, e ciò in ragione della centralità delle attività esercitate in un'ottica di coesione economica e sociale e di equivalenza sul piano territoriale della Comunità (cfr. considerando n. 8 direttiva 97/33/CE cit.).

La nozione di servizio universale, quindi, consente di confermare il concetto espresso con riguardo alle attività di interesse economico generale non tipizzate dalla normativa europea e, cioè, che esse si caratterizzano per la presenza inevitabile di obblighi antieconomici legati alla necessaria prestazione dei servizi a condizioni accessibili al massimo numero di fruitori possibile.

In conclusione, prima di affrontare almeno una delle implicazioni di quanto sin qui detto, in ciò può dirsi che risiede la necessità che giustifica le deroghe alla concorrenza: solo quando le prestazioni sottratte al mercato siano sufficientemente individuate sulla base di un giudizio che le identifichi come di interesse (economico) generale e previa valutazione negativa

R., cit, 1839 conclude che l'obbligo dell'universalità non possa che essere una delle missioni assegnate ai gestori di un servizio di interesse economico generale.

¹¹⁶ Si osserva come sempre più spesso venga affidato ad autorità di regolazione il compito specifico di individuare gli standard qualitativi minimi e le opzioni tariffarie che gli erogatori debbano garantire perché sia assicurato il servizio universale in un dato settore. Questa opzione da parte degli Stati membri pare caldeggiata dalla stessa Commissione nell'allegato al Libro verde del 2003 laddove ai punti 38-52 vengono snocciolate le caratteristiche necessarie di un autorità di regolazione ovvero l'opportunità della loro previsione. Tuttavia, in linea con quanto sin qui detto, non può non condividersi la puntualizzazione formulata da Bertonazzi L.-Villata R., cit, 1842, nota 108 circa la necessità di non confondere gli obblighi derivati dall'attività di regolazione con gli obblighi di servizio pubblico poiché, nonostante la coincidenza di certi ambiti di intervento (tariffe, livelli di qualità, tutela dell'utenza ecc.), soltanto la prima incide su attività liberalizzate mentre presupposto dei secondi è, anzi, l'integrale sottrazione di quelle attività al mercato.

¹¹⁷ Trattasi unicamente di possibilità e non anche di passaggio obbligato: cfr. su punto Tribunale di primo grado, 12 febbraio 2008, BUPA cit. ove si legge che "il riconoscimento di una missione Sieg non presuppone necessariamente che all'operatore preposto venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla" dal momento che "la concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione Sieg".

dell'adeguatezza dell'offerta del mercato, si giustifica la sottrazione delle medesime al regime ordinario, fermo restando la valutazione in concreto rimessa all'organo giurisdizionale onde appurare l'effettiva idoneità delle scelte operate a soddisfare le esigenze predette.

A questo punto è possibile specificare ulteriormente i contenuti della nozione di Sieg, alla luce di un dato importante che emerge implicitamente dalle precedenti considerazioni svolte nel paragrafo e, cioè, che nessuna attività di per sé considerata presenta caratteristiche intrinseche tali da sancirne inequivocabilmente la riconducibilità alla nozione di Sieg. Così non è per il servizio di trasporto, per i servizi postali, per la distribuzione dell'energia elettrica, ma soprattutto non lo è per qualsiasi altra attività non tipizzata cui siano riconducibili le caratteristiche di cui si è detto: ciascuna di esse non è concepita quale servizio pubblico in tutte le sue declinazioni¹¹⁸. In quei complessi contesti si può, ma non è inevitabile, individuare un nucleo di prestazioni che l'ente ritenga di dover garantire essenzialmente al maggior numero possibile di utenti a delle condizioni ottimali, ma al di là di questo nucleo l'attività predetta si configura sullo stesso piano di qualsiasi altra che sia economicamente rilevante nel senso specificato¹¹⁹.

¹¹⁸ Lo stesso dicasi per quelle attività che costituiscono esercizio di una potestà d'imperio e che, tuttavia, vengono affiancate da altre - seppur minoritarie in proporzione - che invece presentano carattere economico e che ben possono ricadere nell'alveo dei Sieg quando l'autorità che ne disponga lo preveda espressamente. Si cita nuovamente a proposito Cassazione, S.U., 30 dicembre 2011, n.30175, punto 3.2.1.

¹¹⁹ Corso D., cit., 8; Bertonazzi L. – Villata R., cit.

V. Prudente soluzione ai quesiti posti: i Sieg, altra cosa rispetto ai servizi europei dell'art. 57 TFUE, paiono assimilabili ai servizi pubblici come intesi nell'accezione nazionale soggettiva.

È possibile a questo punto tornare sulle questioni lasciate aperte nei precedenti paragrafi.

Ci si era chiesti anzitutto se, così come delineato, il concetto di servizio di interesse economico generale possa essere ricondotto alla più ampia definizione di servizio nel senso normativamente prescritto dal diritto europeo. È dato senz'altro riscontrare un'analogia tra questa nozione e quella di Sieg laddove il riferimento sia in entrambi i casi a prestazioni fornite dietro retribuzione, quindi attività economicamente rilevanti che, di conseguenza, per l'importanza attribuitagli dall'ente pubblico di riferimento possano essere altresì considerate di interesse generale, corredate di obblighi di servizio pubblico ed assunte dal medesimo sotto la propria responsabilità. Ma proprio in quest'ultimo dato si annida la differenza determinante per fornire risposta negativa al quesito che ci si è posti.

Da una parte, e al contrario di quanto emerge dalla definizione contenuta nell'art. 57 cit., la caratteristica imprescindibile della nozione di Sieg risiede nella valutazione e conseguente decisione dell'ente di provvedere ad offrire alla comunità di riferimento quelle prestazioni, a prescindere cioè dal fatto che vi sia o meno un mercato oppure che esso, pur essendovi, non risulti sufficientemente incentivato; anzi, la scelta di assumerne la responsabilità discende proprio dalla reputata incapacità (presunta o comprovata) del mercato di offrire a condizioni ottimali quelle prestazioni così da rendere necessario il multiforme intervento pubblico¹²⁰.

Da altra parte, poi, si considera¹²¹ decisiva la valorizzazione degli effetti che la qualifica di Sieg comporta, considerato che essa di sostanza in

¹²⁰ Cfr. Comunicazione del 2001, cit., paragrafo 3, punto 14.

¹²¹ Bertozzi L.-Villata R., cit, 1794, nota 5, insieme alla dottrina ivi citata.

un contenitore potenzialmente inesauribile sulla base di una prospettiva opposta rispetto a quella che inerisce alla definizione europea generale di servizio. Il concetto di Sieg, infatti, una volta accolto in sé un dato nucleo di prestazioni economiche, ne determina l'uscita giustificata dal perimetro della concorrenza, esattamente al contrario di quanto consegue all'annoverabilità di quelle stesse attività nell'ambito dell'art. 57 cit. La *ratio* di quest'ultima norma è quella di estendere il raggio della concorrenza e non anche quella di individuare, nell'ambito della categoria, condizioni che giustifichino deroghe alla stessa¹²².

¹²² Diversamente, l'ambito della Direttiva sui servizi (economici) nel mercato interno 2006/123/CE è in grado di ricomprendervi i Sieg (ad eccezione di quelli espressamente esclusi) poiché gli stessi, al netto degli obblighi di servizio pubblico e di eventuali strumenti compensativi funzionali ai primi, si sostanziano in prestazioni offerte sul mercato ad una platea indifferenziata di utenti. Le intenzioni della Commissione proponente sono infatti interamente rivolte alla tutela della libera circolazione dei prestatori di servizi così come della libera circolazione di servizi (offerti da prestatori stabiliti in uno degli Stati membri) nell'ottica in cui il fenomeno assuma una rilevanza transfrontaliera. Il considerando 17 riconduce espressamente i Sieg nell'alveo delle disposizioni della direttiva, limitandosi tuttavia ad individuare alcune generiche eccezioni che verranno specificate nell'articolo 17. Dall'art. 1, che ne definisce l'oggetto, si evince anzitutto che "la presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale" e che "lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti". La lettura della norma potrebbe indurre a ritenere in tutto esclusi, nonostante il considerando 17cit., i Sieg dall'ambito di applicazione della direttiva che, tuttavia, si smentisce in più punti ove mostra espressamente di considerare i Sieg come parte integrante del suo contenuto. Già il successivo art. 2, che delinea l'ambito di applicazione della direttiva, la destina ai servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro con la sola eccezione di servizi *non* economici di interesse generale ed altri servizi, di cui taluno qualificabile invece con Sieg (ad esempio il trasporto o il servizio sanitario). La generica espunzione di tutti i servizi di interesse non economico si contrappone alla specifica indicazione di pochi altri dotati invece di rilievo economico, il che fa ritenere che, a parte le eccezioni, sia da ricomprendere nell'ambito di applicazione tutto il resto. Se ne avrebbe conferma altresì dalla lettura dell'art. 15, par. 4, laddove limita l'obbligo di garantire il rispetto dei principi di non discriminazione, proporzionalità e necessità quando l'introduzione di requisiti di accesso al mercato dei servizi (par.2) sia necessaria a garantire la missione di interesse generale sottesa ai medesimi. Da ultimo si consideri poi l'art. 17 che individua, tra le eccezioni all'applicabilità della libertà di prestazione di servizi *ex* art. 16, i servizi di interesse economico generale forniti in un *altro* Stato membro (seguito da un elenco). Da queste disposizioni emerge un quadro di principi applicabili sostanzialmente immutato per i Sieg, che vengono ricondotti nell'alveo della direttiva si può dire unicamente per ragioni di carattere definitorio, in quanto –al pari degli altri servizi – trattasi di prestazioni di rilievo economico.

Da ultimo si dà conto che la normativa nazionale di recepimento, contenuta nel decreto legislativo, 26 marzo 2010, n. 59, che ha espressamente escluso (art. 2) dal suo ambito di applicazione l'intero settore dei Sieg, operando una scelta in linea con i contenuti della direttiva solo sotto il profilo sostanziale ma non anche sotto quello formale. Cfr. il recente contributo di Rizzo G., *La concessione di servizi*, Torino, 2012, 53.

Ancora correlata alle osservazioni sviluppate nei precedenti paragrafi, è la questione della sovrapposibilità della nozione di Sieg a quella nazionale di servizio pubblico in senso oggettivo ovvero in senso soggettivo.

La questione merita a questo punto qualche ulteriore riflessione poiché qui si rinvengono taluni punti di contatto in materia tra l'ordinamento nazionale e quello europeo, che determinano l'attrazione a livello sovranazionale delle attività che - a prescindere dall'impostazione interna - possano in concreto qualificarsi come Sieg.

Va premesso che le ragioni addotte dai sostenitori della tesi che fa coincidere i Sieg e la nozione oggettiva di servizio pubblico sono pressoché le medesime impiegate dai sostenitori della tesi opposta per confutarle.

Il riferimento è, in particolare, al concetto di regolazione¹²³ che viene esteso dai primi fino a ricomprendervi anche le attività svolte da soggetti privati che siano sottoposte dalla pubblica amministrazione ad obbligazioni non remunerative. Il dato necessario degli obblighi di servizio pubblico costituirebbe così una specie di "posizione di regole generali" con la conseguente riconducibilità di tutte le prestazioni che vi ricadono nel dettato dell'art. 41, comma 3 Cost.¹²⁴, che secondo i fautori di quella tesi confermerebbe il dato per cui certe attività siano da considerarsi intrinsecamente servizi pubblici e, in quanto tali, si possano senz'altro ricondurre tra quelle da sottoporre ai programmi e controlli menzionati dal testo costituzionale.

Di contro, si evidenzia come una rigorosa definizione del concetto di regolazione ricomprenda unicamente attività che siano esplicitazione di libertà di iniziativa economica nell'ambito di un mercato¹²⁵ che, se lasciato unicamente alle sue dinamiche, si presterebbe a distorsioni indebite.

¹²³ Cfr. chiaramente Trimarchi Banfi F., *Considerazioni*, cit., 951ss.. Per una posizione contraria cfr., Marcou G., *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. Dir. pubb. Eur.*, 2006, 21, laddove si ammette esplicitamente che "il servizio pubblico è la componente più importante degli obiettivi di natura non economica della funzione di regolazione".

¹²⁴ Testualmente: "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

¹²⁵ Sempre Trimarchi Banfi F., *Considerazioni*, cit., 952, ove si legge che "di questo sistema è importante sottolineare il modello ideale di riferimento, che è dato dal mercato aperto all'effettiva competizione di più operatori. L'intervento regolatore che si sostituisce all'operare

Se l'opzione sottostante al modello della regolazione è quella del mercato, è del tutto incompatibile con la contestuale esistenza di quegli obblighi di servizio pubblico, che per definizione confliggono frontalmente con la libera iniziativa economica, poiché loro presupposto è l'imposizione di prestazioni che un'impresa non potrebbe in nessun caso reputare convenienti sotto il profilo economico. Se vi è incompatibilità con gli interessi dell'impresa, quel vincolo non può essere assimilato al concetto di regolazione ma solo a quello, ben diverso, di obbligo di servizio pubblico¹²⁶, che muove dalla premessa del fallimento del mercato e non anche dall'esigenza di intervenire sulle spontanee condizioni di scambio per correggerne le distorsioni.

Lo Stato membro, quindi, può trovarsi di fronte a tre alternative: lasciare che l'attività sia esercitata in regime di libero mercato ovvero che sia regolata e parzialmente "costretta" in una rete di disposizioni volte ad ottimizzare le potenzialità del mercato medesimo (emendato dei suoi vizi), oppure ancora può scegliere di scartare le precedenti opzioni poiché, anche quando un mercato vi fosse, non sarebbe in grado di soddisfare quelle esigenze di interesse generale che determinano l'inquadramento delle prestazioni che ne formano oggetto nella categoria del servizio pubblico.

Come si attegga l'Unione europea di fronte alle alternative predette? Occorre tenere bene distinti i due piani: quello della scelta relativa al tipo di inquadramento dell'attività nel mercato e quello della scelta tra le varie modalità attraverso cui concretamente addivenire all'offerta delle prestazioni alla collettività.

Si è già visto nel precedente capitolo come spesso i due piani siano stati indebitamente sovrapposti, rendendo difficoltosa l'individuazione del contenuto della nozione di servizio pubblico in quanto modulata sulla base dello strumento scelto dal legislatore prima e dall'ente poi per procedere alla

spontaneo degli attori economici, tende a produrre artificialmente risultati simili a quelli del mercato di concorrenza; alla sua sfera d'azione sono invece estranei interventi che sostituiscano alla razionalità allocativa del mercato altre finalità".

¹²⁶ Bertone L. - Villata R., cit, 1798, dove si rammenta che il concetto di servizio pubblico è frutto di una creazione (diretta o mediata dalla PA) dell'ordinamento, che a sua volta si ricava dalla verifica della presenza di obblighi antieconomici.

sua gestione. Ebbene anche di fronte alla nozione europea di Sieg bisogna rifuggire quel vizio di ragionamento: preso atto della rilevanza di certe prestazioni per la comunità di riferimento, una cosa è scegliere quale contesto (mercato libero, regolato, servizio pubblico) sia più appropriato ad accogliere quelle esigenze, altra cosa è, in quell'ambito, scegliere l'intensità e i modi del condizionamento pubblicistico che si renda necessario per ottimizzare la resa della prestazione.

Di fronte a questi due profili l'Unione europea, deputata a verificare che i presupposti di cui si è detto (interesse generale, economico, misure derogatorie necessarie) siano compatibili a livello sovranazionale, si mostra pressoché indifferente con riguardo al primo ed impegnata con riguardo al secondo.

Relativamente alla valutazione dell'idoneità del mercato a soddisfare le esigenze emerse, la Commissione ha avuto modo di palesare la sostanziale neutralità dell'Europa rispetto al giudizio formulato dallo Stato membro¹²⁷: è possibile conciliare l'obiettivo di creare un mercato aperto e competitivo, che assicuri qualità dei servizi, con la necessaria presenza dei servizi di interesse economico generale, che garantiscano l'accesso a quelle prestazioni a prezzi sostenibili dall'utenza. Con il libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, la Commissione ribadisce chiaramente questo assunto riconoscendo che, ad eccezione di quei settori in cui l'Unione ha ritenuto di intervenire per armonizzare esigenze di interesse europeo (trasporti, telecomunicazioni ecc.)¹²⁸, “le autorità nazionali, regionali e locali di ciascuno Stato membro sono, in linea di principio, libere di definire ciò che considerano essere un servizio di interesse generale”¹²⁹ e che, di conseguenza, spetti allo Stato appurare l'inidoneità del modello di mercato concorrenziale, sebbene esso sia reputato idealmente il contesto ottimale per

¹²⁷ Oggi anche la Direttiva servizi cit., espressamente all'art. 1 cit.

¹²⁸ E non tanto esigenze nazionali di rilevanza europea ai soli fini dell'incidenza sulla concorrenza, ma settori in cui la valutazione in ordine all'interesse generale a fornire alla collettività determinate prestazioni discende immediatamente dall'Unione europea e prescinde da quella che avrebbero operato gli Stati membri nel pieno dell'autonomia di cui si parla.

¹²⁹ Cfr. par. 2.1, punto 31, comunicazione cit. dove si legge che in via primaria spetta alle autorità competenti a livello nazionale a *definire, organizzare, finanziare e monitorare* i servizi di interesse generale.

la migliore allocazione delle risorse a vantaggio di ampie fasce della società¹³⁰.

Già la Comunicazione del 2001, invero, riconduceva questa autonomia ad una libertà di definizione dei Sieg che promanerebbe dal dettato dell'art. 86 TCE (oggi art. 106 TFUE) e che sarebbe soggetta a controllo unicamente di fronte a casi di errore manifesto da parte dello Stato membro¹³¹.

Quando a quest'ultimo, mediante valutazioni di carattere evidentemente politico, paia più idoneo e rispondente alle esigenze rilevate, nulla osta per il diritto europeo che libero mercato, regolazione e servizio pubblico coesistano nell'ordinamento adeguandosi alle caratteristiche concrete dell'attività propria di un determinato contesto geografico e che presenti tutte le peculiarità del caso. Da ciò può evidentemente conseguire che un medesimo settore risulti al suo interno suddiviso in segmenti a loro volta inquadrati in contesti di scambio differenti e, pertanto, sottostanti a diverse logiche oltre che normative¹³².

Ciò consente di puntualizzare ancora una volta quanto espresso poco sopra in relazione alla confusione impropria tra il concetto di regolazione e

¹³⁰ Cfr. par. 1.2, punto 22, dove si legge che “tuttavia alcuni servizi di interesse generale non sono garantiti dai mercati in quanto il loro prezzo è troppo elevato per i consumatori che hanno un basso potere d'acquisto o perché il costo di fornitura non può essere coperto soltanto dal prezzo di mercato. La risposta a tali esigenze di base a livello collettivo e qualitativo nonché la difesa dei servizi di interesse generale hanno sempre rappresentato una responsabilità primaria delle autorità pubbliche indipendentemente dal contributo eventualmente offerto dalle forze di mercato. Fino ad oggi l'importanza cruciale di tale responsabilità rimane immutata”. Precedentemente già la Comunicazione del 1996, capo I, lett. B, paragrafo 15 “le forze del mercato consentono una migliore allocazione delle risorse ed imprimono una maggiore efficienza alla fornitura dei servizi, a vantaggio soprattutto del consumatore che ne vede migliorata la qualità a prezzi più modici. Si tratta tuttavia di meccanismi che presentano talvolta i loro limiti, con il duplice rischio di escludere parte della popolazione dai benefici che ne possono essere tratti e di non permettere la promozione della coesione sociale e territoriale”.

¹³¹ Cfr. paragrafo 2, punto 22 e si osservi che la Commissione precisa che la competenza a decidere *quale* servizio debba essere considerato d'interesse generale e *come* debba essere gestito pertiene in primo luogo al livello locale.

Per un esempio di errore manifesto si legga Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva, del 27 ottobre 2009, 1; ma anche cfr. Corte di Giustizia, 10 dicembre 1991, Mercati convenzionali porto di Genova, C-179/90, punto 27, e Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, GT-Link A/S, C-242/95, punto 53, nonché Corte di Giustizia, 27 novembre 2003, Enirisorse, cause da C-34/01 a C-38/01, punti 33-34.

¹³² Cfr. chiaramente Bertonazzi L. - Villata R., cit., 1823-1824 con riferimento alla filiera della gestione del gas.

quello di servizio pubblico: comune ad entrambi è unicamente la necessità che l'amministrazione compia a riguardo una valutazione ed una scelta a monte, ma trattasi di opzione da cui discende la diversa incidenza dell'intervento pubblico sull'iniziativa economica, che può ancora definirsi libera soltanto nell'alveo della regolazione e non anche quando si parli di servizio pubblico.

A questo punto è opportuno procedere col domandarsi quale sia, invece, la posizione europea di fronte ad una preferenza nazionale per il modello del servizio pubblico, cioè, come si è sopra mostrato, del servizio di interesse economico generale.

Mentre, infatti, relativamente al profilo appena menzionato l'Unione si mostra elastica e possibilista, si atteggia diversamente riguardo a come quella scelta possa tradursi a valle. È senz'altro professata in più occasioni la volontà, dettata da ragioni essenziali di efficienza, di garantire una diversità di opzioni possibili anche in questo contesto, con la conseguenza che permane un ruolo centrale degli Stati membri pure nella definizione delle modalità concrete attraverso cui assicurare che la missione sia assolta in modo ottimale. Tuttavia, in questo quadro, è altrettanto primario il ruolo dell'Unione che governa con i propri principi e le proprie specifiche indicazioni il novero delle alternative possibili, interpretandone il contenuto e così delineandone i contorni essenziali. Di questo si tratta, di possibili diversificate discipline nazionali che si occupino di definire le modalità di gestione dei Sieg sotto l'egida del diritto europeo, ben saldo nella sua posizione di garante del rispetto dei principi essenziali del Trattato in materia di concorrenza, di aiuti di Stato e di abuso di posizione dominante.

In questo contesto, anzitutto, il Libro Verde del 2004¹³³ relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, chiarisce espressamente che il dibattito europeo sulle norme applicabili di fronte alla individuazione di una missione di interesse generale “si colloca a valle della scelta economica ed organizzativa effettuata dall'ente locale o nazionale” e non va considerato quale “dibattito mirante ad

¹³³ Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004.

esprimere un apprezzamento generale riguardo alla scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici” poiché “tale scelta compete [...] esclusivamente alle autorità pubbliche”. Così, nello stesso senso, va letta l’introduzione della successiva Comunicazione della Commissione del 12 aprile 2008, laddove si legge che le autorità pubbliche sono libere di esercitare in proprio un’attività economica o di affidarla ai terzi, ma solo in questa seconda ipotesi il soggetto pubblico “è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia [di appalti pubblici o concessioni]”¹³⁴.

Taluni fondamentali principi guida in tal senso erano stati esplicitati già dalla Commissione nella Comunicazione del 2001: si tratta dei principi di neutralità, libertà di definizione e soprattutto di proporzionalità desumibili dall’applicazione dell’art. 86 TCE (oggi 106 TFUE cit.), cui in parte si era già fatto cenno.

La neutralità attiene al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese incaricate della gestione del Sieg: non si può né impiegare questo dato per identificare una caratteristica necessaria di questi soggetti né per sostenere che sia il diritto europeo ad imporre una privatizzazione degli stessi, poiché le norme in materia di concorrenza si applicano indifferentemente. L’approccio sostanzialista che si riscontra specialmente nella giurisprudenza europea impone quindi di badare a profili diversi dall’inquadramento istituzionale affinché si possano ricavare dati utili per comprendere la derogabilità o meno al regime della concorrenza.

Della libertà di definizione, invece, si è detto ad altro proposito, ma assume rilievo pure in questo contesto dal momento che l’autonomia che essa professa attiene anche alla scelta della modalità di gestione del servizio che trova un limite flessibile nel sindacato della Commissione per l’ipotesi di incompatibilità con il diritto europeo. Si è visto che permane in capo all’autorità locale il compito di organizzare il servizio e questo

¹³⁴ Comunicazione interpretativa sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI). Parentesi aggiunte.

riconoscimento implica un correlato limite all'intensità del giudizio che l'Unione può operare.

Riguardo infine alla proporzionalità il riferimento è rivolto ai mezzi di cui all'art. 106, par. 2 TFUE ovvero quelli prescelti dallo Stato membro per assicurare all'impresa che la gestione del servizio conduca all'assolvimento della missione di interesse generale. Distorsioni generate dal riconoscimento di diritti esclusivi e/o di aiuti economici si ritengono giustificabili soltanto allorché, in esito al controllo della Commissione od al giudizio della Corte di Giustizia UE, siano necessarie per l'adempimento della missione medesima.

Da una disamina giurisprudenziale può innanzitutto ricavarsi il dato che l'amministrazione sia a ciò legittimata quando il servizio offerto soddisfi concretamente le esigenze manifestate e, quindi, sia in grado di approvvigionare la fetta di comunità interessata nella misura ottimale perseguita dall'ente.

In particolare nel noto caso Corbeau, la Corte di Giustizia¹³⁵ è stata chiamata ad interpretare l'eccezione al divieto di restrizioni alla concorrenza di cui all'*ex art.* 90 TCE, con riguardo ad un caso di monopolio legale a favore della *Règie des postes* destinataria di un diritto di esclusiva nella raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza. In quell'occasione la Corte ha avuto modo di specificare che "l'esclusione della concorrenza non si giustifica tuttavia qualora si tratti di *servizi specifici, scindibili* dal servizio di interesse generale, che rispondono ad esigenze specifiche di operatori economici e che richiedono determinate prestazioni supplementari che il servizio postale tradizionale non offre, quali la raccolta a domicilio, una

¹³⁵ Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, C-320/91, nella fattispecie, benché il servizio di raccolta, trasporto e distribuzione della posta fosse attribuito a *Règie des postes*, il signor Corbeau forniva, nella città di Liegi e delle zone limitrofe, un servizio di raccolta della corrispondenza al domicilio del mittente e nel recapito della stessa entro le ore 12 del mattino seguente, a condizione che i destinatari fossero ubicati all'interno dell'area predetta. Per quanto concerne la corrispondenza indirizzata a destinatari residenti all'esterno dell'area, il signor Corbeau raccoglieva la corrispondenza a domicilio del mittente e provvedeva ad inoltrarla tramite il servizio postale. Veniva adita la Corte di Giustizia ai sensi dell'allora art. 117 TCE per risolvere alcune questioni interpretative legate ai limiti degli artt. 86 e 90 TCE e alla compatibilità del regolamento belga sul monopolio predetto, il quale vietava qualsiasi accesso al settore ad operatori diversi dal gestore *Règie des postes*.

maggior rapidità o affidabilità nella distribuzione, o anche la possibilità di modificare la destinazione durante l'inoltro, nella misura in cui questi servizi, per loro natura e per le condizioni in cui sono offerti, quali l'area geografica in cui sono prestati, non pregiudichino l'equilibrio economico del servizio di interesse economico generale esercitato dal titolare del diritto esclusivo”.

Pertanto, pur nella legittimità complessiva della sottrazione al mercato di una fetta cospicua di attività redditizie, non può escludersi *a priori* l'interesse di altri operatori per servizi, per così dire, specifici che il concessionario non sia in grado di fornire e, di conseguenza, sono sproporzionate quelle misure che precludano in ogni modo l'alternativa della concorrenza. Si è quindi riconosciuto che spetti al giudice *a quo* vagliare i limiti entro cui la violazione del divieto di concorrenza¹³⁶ al gestore monopolista sia concretamente in grado di alterare le condizioni esterne utili a quest'ultimo per il mantenimento del proprio equilibrio economico.

Ma v'è di più, poiché sembra che non possa più soltanto parlarsi di proporzionalità nel senso di verifica *ex ante* della strumentalità delle misure adottate, ma che si sia approdati con gli anni ad un concetto più severo che implica l'accertamento della inevitabilità in concreto delle misure adottate alla luce di tutte le caratteristiche del caso¹³⁷.

Le statuizioni predette sono state altresì confermate dalla successiva sentenza sul caso del Comune di Almelo. In occasione del vaglio di proporzionalità di una clausola di approvvigionamento esclusivo¹³⁸, la Corte

¹³⁶ Che nella specie integrava una fattispecie di rilevanza penale. Cfr. punto 21 della sentenza.

¹³⁷ Sul punto cfr. Cintioli F., *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, maggio 2012 ove si legge “[...] E' invece indispensabile che sia attuato il canone di proporzionalità necessaria, il quale postula che quella deroga alla concorrenza si dimostri essere strettamente necessaria per poter assolvere la missione, non essendo possibili soluzioni alternative. Infine, la deroga va sottoposta al test della proporzionalità in senso stretto, ossia, deve apparire di per sé non eccessivamente invasiva e quindi intrinsecamente proporzionale al disegno ed agli interessi che si vogliono perseguire [...]”.

¹³⁸ Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, C-393/92. La clausola era inserita nelle condizioni di vendita praticate da un'impresa distributrice regionale ad un distributore locale, obbligato a rifornirsi dalla prima. Va difatti specificato che, nella fattispecie, la distribuzione dell'energia elettrica non avveniva in base ad una concessione rilasciata in esclusiva al distributore regionale. Tra quest'ultimo e i distributori locali intercorrevano rapporti di tipo contrattuale e, pertanto, venivano in rilievo non solo le disposizioni di cui all'art. 90 e 86 TCE ma anche quelle dell'art. 85 TCE.

ne ha riconosciuto la compatibilità con il Trattato solo in quanto, tenuto conto “delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare e delle normative”, possa essere ritenuta necessaria per garantire il servizio¹³⁹.

Occorre, quindi, che tra le peculiarità del caso concreto il giudice consideri espressamente l'equilibrio economico dell'impresa beneficiaria delle restrizioni alla concorrenza e che, attraverso un giudizio ipotetico, si arrivi a valutare come proporzionata la misura che non potrebbe essere eliminata se non a costo di minare la stabilità finanziaria del gestore e, quindi, la corretta prestazione del servizio.

Gli Stati membri, quindi, sono dotati di un'autonomia di scelta che, benché condizionata dal vaglio europeo, è dotata di consistenza nella misura in cui (una volta individuato l'interesse generale) spetta sempre e comunque all'autorità nazionale l'individuazione delle modalità di affidamento o gestione del servizio: questa opzione dovrà senz'altro muoversi nell'alveo di quelle (che si vedranno e che sono) considerate compatibili col diritto europeo, ma è bene precisare che non vi è alcun criterio preferenziale che emerga dalle comunicazioni cui si è fatto finora riferimento né dalle pronunce della Corte di Giustizia.

È necessario quindi non confondere la generale propensione europea a prediligere il mercato quale sede di scambio ottimale con una eventuale predilezione per la esternalizzazione del Sieg da parte dell'autorità nazionale. Non solo non si può evincerla da fonti normative o giurisprudenziali, ma anzi è possibile riconoscere anche qui una sostanziale

¹³⁹ Il criterio dell'equilibrio economico-finanziario è stato ripreso, tra le altre, nelle sentenze Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C-67/96 Albany, Corte di Giustizia, 10 febbraio 2000, C-270/97 e C-271/97 Deutsche Post e Corte di Giustizia, 17 maggio 2001, C-340/99, TNT Traco. Si veda in particolare il punto 63 di quest'ultima, nella parte in cui si afferma: “il combinato disposto degli artt. 82 e 86 del Trattato si oppone a che una normativa di uno Stato membro che conferisce ad un'impresa di diritto privato la gestione, a titolo esclusivo, del servizio postale universale, subordini il diritto di qualsiasi altro operatore economico di fornire un servizio di corriere espresso, che non rientra nel servizio universale, alla condizione che esso paghi all'impresa incaricata del servizio universale un diritto postale equivalente alla tassa di affrancatura normalmente dovuta, a meno che non sia provato che gli introiti provenienti da questo pagamento sono necessari per consentire a tale impresa di assicurare il servizio postale universale in condizioni economicamente accettabili e che quest'impresa è tenuta al pagamento dello stesso diritto allorché fornisce essa stessa un servizio di corriere espresso che non rientra in tale servizio universale”.

indifferenza da parte dell'Unione di fronte all'alternativa con l'autoproduzione.

Questa precisazione, in sé autoevidente, pare trovare ulteriore conferma se si condividono le considerazioni formulate da una recente dottrina¹⁴⁰ che, muovendo dalle quasi impercettibili modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, riconosce che la definitiva collocazione dei Sieg tra i valori sociali dell'Europa e la ribadita centralità del ruolo degli Stati membri con riguardo ai profili evidenziati starebbero a dimostrare che l'individuazione di zone di attività sottratte alla concorrenza non debba più considerarsi quale semplice eccezione alla regola del mercato. Risiederebbe in questo evoluto concetto di Sieg, invece, “[...] il modo (i limiti e le forme) in cui lo Stato membro può distribuire tra se medesimo ed il mercato quelle prestazioni che sono destinate ad una fruizione diffusa e continua [...]”: ciò evidenzia la completa neutralità della decisione di optare per il servizio di interesse (economico) generale contro la piena concorrenza nel mercato, poiché questa scelta non può più considerarsi semplicemente un'eccezione dal momento che si presenta inscindibilmente connessa al modello di amministrazione che ciascuno Stato decide di darsi.

In definitiva e facendo un passo indietro, si ribadisce così che la tutela della concorrenza che l'ordinamento europeo ha tra le proprie prerogative ed intende realizzare acquisisce un significato relativo alla opzione effettuata a monte dall'autorità competente: si interviene per la massimizzazione delle dinamiche della concorrenza nel mercato, qualora gli Stati membri scelgano la via della liberalizzazione delle attività - anche quelle relative ad interessi (economici) generali - mentre, quando si sia al cospetto di un reputato fallimento del mercato, la massimizzazione della concorrenza sarà riferita al modello della privatizzazione - quindi della concorrenza per il mercato - e in quell'ambito incontrerà l'ulteriore intervento da parte dell'Unione; ma nulla, lo si ripete, individua in un modello di gestione o nell'altro l'optimum europeo in termini assoluti di

¹⁴⁰ Cintioli F., *La dimensione europea*, cit., 3.

tutela della concorrenza, così indicando agli Stati membri la via preferibile da seguire¹⁴¹.

Quanto sin qui detto è in parte approdo e in parte punto di partenza per il prosieguo del presente studio che verterà quasi unicamente sull'impiego della concessione quale modalità di affidamento di Sieg alla luce dei principi europei cui si è fatto cenno e di quelli cui ancora occorre fare riferimento.

VI. L'affidamento in house di Sieg.

Sulla scia di quanto detto da ultimo, e prima di affrontare la tematica delle concessioni di Sieg nel diritto europeo, occorre brevemente soffermarsi sulla specifica modalità di affidamento di servizi pubblici nota come *in house providing*¹⁴².

Trattasi di modalità di gestione diretta da parte dell'ente pubblico titolare delle funzioni di interesse generale creata in via pretoria dalla Corte di Giustizia sin dalla sentenza Teckal s.r.l.¹⁴³. Benché la vicenda non trattasse di una concessione di servizi, ma di un appalto di fornitura di mezzi di combustione strumentale al servizio di riscaldamento, la fattispecie viene in rilievo poiché l'affidamento in questione era stato realizzato senza previa gara, ma in via diretta ad Agac, consorzio di Comuni tra cui quello affidante.

Si è già detto che l'ente nazionale ha piena discrezionalità nella scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione, ma con riguardo alla prima si è

¹⁴¹ Il concetto è efficacemente esplicito da Trimarchi Banfi F., *La gestione*, cit., nell'intero contributo ma specialmente alle pagg. 4 e anche 22-24.

¹⁴² *Ex multis* Bertonazzi L. – Villata R., cit., 1872 ss.; Parisio V., *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367; Goisis F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, (a cura di) Villata R., Torino, 2011, 245 ss., insieme alla dottrina ivi citata. Nello stesso volume, Bertonazzi L., *La disciplina del trasporto pubblico locale*, 439 ss.

¹⁴³ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-107/98.

unicamente fatto riferimento alla gestione in economia ovvero alla prestazione del servizio attraverso gli uffici propri dell'amministrazione interessata.

L'in house providing come definito a livello europeo ricade pienamente, e pur con le sue peculiarità, tra le modalità di autoproduzione dei servizi da parte dell'ente in ragione del fatto che la persona giuridica dell'affidatario, benché formalmente autonoma e distinta da quella dell'affidante, ne costituisce in realtà una propaggine.

Il caso ha infatti creato l'occasione per la Corte di Giustizia di fare luce sul presupposto essenziale dell'applicabilità della disciplina sulle procedure ad evidenza pubblica, ovvero la terzietà soggettiva dell'affidatario rispetto all'affidante. Quando l'amministrazione non sia in grado o non voglia provvedere alla gestione di un servizio mediante le proprie strutture, ma intenda avvalersi del bagaglio di mezzi e capitali di altro soggetto giuridico, è tenuto ad attingere questa risorsa dal mercato in applicazione delle norme proprie della concorrenza e dell'evidenza pubblica.

Tuttavia, e qui sta la peculiarità della fattispecie, non necessariamente il soggetto terzo rispetto all'amministrazione sotto l'aspetto formale può dirsi "altro" sotto il profilo sostanziale. Con la conseguenza che, quando ricorrano i presupposti delineati dalla Corte di Giustizia, l'amministrazione può dirsi libera di procedere all'affidamento diretto del servizio così come lo sarebbe di trattenerlo a sé e darvi esecuzione mediante i propri uffici.

Questa condizione è data dalla necessaria fusione di due elementi: l'uno di ordine formale e l'altro di ordine sostanziale.

Quanto al primo, occorre anzitutto una dominanza pubblica che si traduca in un livello di partecipazione pubblica alla struttura organizzativa pressoché totale¹⁴⁴. A questo requisito di ordine organizzativo-formale deve

¹⁴⁴ La partecipazione può riferirsi unicamente ad un ente pubblico ovvero a più enti controllanti. Va dato conto del fatto che quando questo requisito manchi, e si possa pertanto configurare una partecipazione privata alla compagine organizzativa, si è di fronte ad un fenomeno diverso, quello della società mista. Tale forma di organizzazione è assimilata, specie dal Libro verde sui partenariati del 2004 cit., alla concessione quale specie di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato attraverso cui addivenire all'affidamento di Sieg e, al pari di questa, richiede che l'amministrazione faccia ricorso al mercato attraverso una procedura ad evidenza pubblica per attingervi non tanto il soggetto da incaricare della gestione del servizio, quanto

seguire necessariamente la dominanza sostanziale dell'amministrazione, la quale deve poter esercitare sulla società "un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", occorrendo altresì che "questa [...] realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"¹⁴⁵.

La sussistenza di queste condizioni configura l'assenza di un mercato reale cui attingere, ed impedisce di ravvisare nell'affidamento successivo senza previa gara una lesione del diritto degli operatori interessati a partecipare all'assegnazione di commesse pubbliche. Non sarebbe dunque corretto parlare di eccezione alla messa concorrenza poiché, sussistendone le condizioni, la fattispecie dell'*in house* non è neppure in grado di lambirne le acque.

In questa prospettiva occorre, tuttavia, che il controllo (analogo) da parte dell'amministrazione sia desumibile non solo in astratto dal possesso delle quote, bensì in concreto ovvero attraverso il riconoscimento all'ente dell'integrale potestà decisionale¹⁴⁶. Affinché possa dirsi integrato il requisito del controllo analogo¹⁴⁷, non è quindi sufficiente che vi sia pure

principalmente il socio privato. Questa selezione iniziale, ove contenga in sé altresì i termini essenziali del contratto e del servizio pubblico, consente all'ente pubblico (di mantenere il controllo interno ed esterno sulla società e di) di concludere la gara affidando contestualmente la gestione del servizio alla istituendo società mista. Per un'ampia ricostruzione dell'istituto oltretutto per gli approfondimenti doverosi, ma che esulano dal presente studio, cfr. Valaguzza S., *Il conferimento della gestione di servizi pubblici in favore di società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, (a cura di) Villata R., Torino, 2011, 119 ss.; cfr. altresì Valaguzza S., *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012.

Qui rileva unicamente osservare la profonda differenza tra questa modalità organizzativa e l'*in house providing*, considerando che la terzietà soggettiva della società mista è, invece, la ragione specifica che determina l'applicabilità delle regole della gara pubblica.

¹⁴⁵ Sentenza Teckal s.r.l. cit., punti 49 e 50.

¹⁴⁶ Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking-Brixen. In quell'occasione alla Corte venivano sottoposte due questioni interpretative: l'una volta a qualificare come appalto o concessione l'affidamento della gestione di parcheggi a pagamento da parte di una società derivata dalla trasformazione di un'azienda speciale; l'altra volta vagliare la compatibilità dell'affidamento diretto del servizio quando, benché partecipata al 100% dal Comune, era previsto che il consiglio di amministrazione disponesse di poteri entro i cinque milioni di euro per affare. In particolare su quest'ultima questione, la Corte ha rilevato l'incompatibilità dell'affidamento diretto con gli artt. 43 e 49 TCE, in quanto per effetto dell'ampliamento dell'oggetto sociale dell'azienda trasformata e dei poteri del consiglio di amministrazione si sarebbe potuta evincere la precarietà del controllo esercitabile da parte del Comune.

Criticamente, con riguardo alla lettura restrittiva della Corte di Giustizia, cfr. Bertonazzi L. - Villata R., cit., 1880 ss. Per una lettura relativa al periodo precedente, Villata R., cit., 326-332.

¹⁴⁷ Per la ricostruzione delle varie correnti di pensiero si veda Villata R., cit., 321-322.

una totale partecipazione pubblica¹⁴⁸, ma che occorre altresì che il rapporto con l'amministrazione di controllo sia improntato ad "un penetrante asservimento"¹⁴⁹ della struttura ed organizzazione societaria.

A questo riguardo, e tenuto conto della ridefinizione sempre più stringente dei limiti dell'istituto, certa dottrina ha sollevato dubbi delicati in merito alla stessa compatibilità tra il regime privatistico delle società di capitali ed i confini dell'autonomia privata che derivano dalla qualificazione di quel medesimo soggetto quale *longa manus* dell'amministrazione. Poiché, infatti, nulla vieta, anzi¹⁵⁰, di fare ricorso a questi modelli organizzativi, ma si impone che si tradiscano *in nuce* le ragioni del diritto societario (oltre che le sue disposizioni positive), l'interrogativo ancora aperto genera un sincero scetticismo¹⁵¹.

È noto, e se ne è dato solo un cenno, che il dibattito attorno all'istituto si alimenta costantemente anche in ragione della flessibilità dello strumento, a sua volta dovuta al suo carattere pretorio, ma ciò che sembra doversi mettere in luce in questa sede è la sua perfetta equipollenza rispetto alle altre modalità gestorie di servizi pubblici/di interesse economico generale.

Si è difatti dubitato che l'*in house* possa essere impiegato per la gestione di servizi pubblici locali e, quindi, di Sieg, dal momento che, benché l'Unione non si sia mai espressa in tal senso, il requisito della

¹⁴⁸ La questione era già stata affrontata nella sentenza della Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03 Stadt Halle, quando si è riconosciuto che "la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi"; è stata poi ulteriormente ripresa e chiarita nella successiva sentenza del medesimo giudice del 21 luglio 2005, C-231/02 Coname laddove il tema centrale riguardava la verifica del controllo analogo quando il Comune avesse nella società affidataria una partecipazione in quel caso inferiore all'1% del capitale sociale. Non vi erano dubbi che mancasse il requisito del controllo, ma la Corte incidentalmente ribadisce qualsiasi società aperta, almeno in parte, al capitale privato non può mai essere considerata come propaggine dell'amministrazione affidante.

¹⁴⁹ Espressione dovuta a Goisis F., *L'in house*, cit., 259.

¹⁵⁰ Villata R., cit., 323 che pure rammenta come le fattispecie giurisprudenziali si siano proprio formate attorno alle società di capitali. I medesimi dubbi sono ripresi ed approfonditi da Goisis F., *L'in house*, cit., 258 ss.

¹⁵¹ Cintioli F., *I servizi*, cit. 14 dove testualmente "basta che l'organo amministrativo sia effettivamente autonomo dal socio (ciò che, a dire il vero, è fisiologico nel diritto societario nazionale, specie dopo la riforma del 2003) per escludere il controllo analogo".

destinazione prevalente dell'attività della società verso l'amministrazione renderebbe lo strumento inidoneo laddove le prestazioni siano rivolte verso la collettività¹⁵². Tuttavia l'opinione prevalente, benché nella maggior parte dei casi non si prenda esplicita posizione sul punto, è nel senso di interpretare il concetto di servizio¹⁵³ non solo come esigenza propria e diretta dell'amministrazione, quanto anche come mezzo per consentire a quest'ultima di svolgere i propri compiti.

È possibile in questo senso avvalorare queste conclusioni, muovendo altresì da quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza dell'11 maggio 2006, C-340/04 Carbotermo. La premessa risiede nel considerare il fatturato della società quale indicatore della prevalenza dell'attività svolta dalla medesima verso l'amministrazione affidante. Nella fattispecie la Corte ha ritenuto che in questa valutazione¹⁵⁴ “il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa [...] realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni” e ciò in quanto “le attività [...] da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza [...] indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni”.

Pur senza rigorose argomentazioni, il giudice europeo mostra come sia perfettamente compatibile con l'istituto l'affidamento di servizi di interesse economico generale e, pertanto, in quest'ottica interscambiabile con la gestione in economia ovvero, in altra ipotesi, alternativo all'esternalizzazione.

A questo punto, prima di procedere oltre con la disamina delle questioni che maggiormente pertengono all'oggetto di questo studio, si conclude sull'argomento riferendo della prima codifica legislativa espressa, di matrice europea, dell'*in house providing* con il regolamento 1370/2007/CE relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada

¹⁵² Villata R., *Pubblici servizi*, cit., 323-324, specie ove riferisce dell'opinione sul punto di Dugato M., *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 126.

¹⁵³ Si leggerà più avanti della riconducibilità dei Sieg nell'alveo della categoria generale dei servizi in materia di concessioni per volere del diritto europeo.

¹⁵⁴ Da non condursi mediante l'applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38.

e per ferrovia dotandolo di definizioni più puntuali e di spunti interpretativi interessanti sotto diversi profili¹⁵⁵.

VII. *La concessione di pubblici servizi nell'ordinamento europeo.*

Lo strumento concessorio, di cui si è detto nel precedente capitolo, nel diritto europeo presenta contorni diversi per certi aspetti più sfumati rispetto a quelli propri della categoria nazionale.

Anzitutto occorre inquadrare la concessione tra le possibili opzioni di esternalizzazione¹⁵⁶ del Sieg di cui l'autorità nazionale dispone quando reputi più opportuno, oltre che quando costituisca unica soluzione possibile, far ricorso al mercato per attingere l'operatore più idoneo ad assicurare il perseguimento della missione di interesse generale identificata a monte.

Di fronte a questa eventualità, l'Unione considera necessario dettare, come si vedrà, se non altro principi affinché l'impiego di questo strumento non diventi la leva per eventuali discriminazioni tra gli operatori in grado di ostacolare la corretta formazione del mercato interno.

Quanto all'individuazione di una definizione, prima, e di una disciplina, poi, la vicenda è a dir poco nota ed ha inizio con l'approvazione della Direttiva 71/305/CE del Consiglio sulle procedure di affidamento di lavori pubblici in cui alla concessione di lavori pubblici della quale veniva data la seguente nozione: “quando le amministrazioni aggiudicatrici concludono un contratto analogo a quelli di cui all'art.1, lettera a) [ovvero

¹⁵⁵ Per i dovuti approfondimenti sul tema si rinvia a Bertonazzi L., *Il trasporto*, cit., 439 ss.

¹⁵⁶ Si coglie bene questa alternativa tra esternalizzazione e autoproduzione già nel punto 4.3 del Libro Bianco cit.; punto 4.3 del Libro bianco in particolare dove si legge “in assenza di un'armonizzazione a livello comunitario, le autorità pubbliche degli Stati membri sono sostanzialmente libere di decidere se fornire in prima persona un servizio di interesse economico generale o se affidare tale compito ad un altro ente (pubblico o privato)”.

contratti di appalto]¹⁵⁷, ma in cui la controprestazione dei lavori da eseguire consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo, le disposizioni della presente direttiva non sono applicabili a tale contratto, detto 'di concessione'". Al di là delle vicende normative che sono seguite in materia di lavori pubblici¹⁵⁸, questa definizione sarà poi sostanzialmente coincidente con quella delineata dalla Commissione nella proposta che diventerà direttiva 92/50/CE del Consiglio in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi¹⁵⁹. In quell'occasione è noto che la Commissione propendeva per l'inserimento della concessione di servizi pubblici nel contesto normativo che andava delineandosi per le procedure di affidamento degli appalti pubblici di servizi e ciò sulla base di ragioni di coerenza rispetto al settore dei lavori pubblici¹⁶⁰; tuttavia quella proposta non incontrò in consenso del Consiglio, che nella versione definitiva espunse ogni riferimento alle concessioni.

Quindi, soltanto con riguardo all'oggetto della concessione di lavori era allora possibile disporre di elementi indicativi del suo contenuto e questi si assestavano sulla falsariga di quelli propri dell'appalto di lavori: 1) esistenza di un contratto scritto tra amministrazione ed un imprenditore, 2) onerosità del contratto, ad eccezione della 3) previsione del rischio operativo a carico del concessionario che è proprio della concessione e non anche dell'appalto, il quale prevede una completa copertura dei costi sopportati dall'operatore oltre che l'attribuzione di un utile.

¹⁵⁷ Parentesi quadre aggiunte. La direttiva è pubblicata in G.U.CE 17 agosto 1971, n. 188. I contratti di appalto di lavori pubblici sono ivi qualificati come "contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un imprenditore, persona fisica o giuridica, ed un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto una delle attività di cui all'art.2 della direttiva del Consiglio, del 26 luglio 1971[...]"

¹⁵⁸ In seguito alla successiva direttiva 89/440/CE del 18 luglio 1989, il Consiglio aveva proceduto ad estendere le disposizioni della direttiva inerenti alla pubblicità anche alle concessioni, stante la loro crescente importanza nel diritto europeo. Successivamente recepita dall'ordinamento interno con il decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, la direttiva venne poi abrogata dalla seguente 93/37/CE: in alcuno dei passaggi normativi citati la definizione di concessione ha incontrato variazioni di sorta.

¹⁵⁹ Pubblicata in G.U.CE del 31 gennaio 1991, n. 188.

¹⁶⁰ Vi si legge al considerando 10: "per garantire la coerenza delle procedure d'aggiudicazione le concessioni di pubblici servizi devono rientrare nel campo d'applicazione della presente direttiva così come la direttiva 71/305/CEE si applica alle concessioni di lavori pubblici". Si osserva il riferimento univoco ai servizi pubblici (servizi di interesse economico generale) e non anche alle concessioni pubbliche di servizi.

Quest'ultimo profilo evidenzia, pertanto, l'esigenza di soffermarsi sulla distinzione tra questi due mezzi contemplati dall'ordinamento europeo quando invece l'esigenza dell'amministrazione sia quella di fornire alla collettività di riferimento un servizio pubblico, e ciò allo scopo di poter affrontare il problema successivo e che occuperà il prosieguo del lavoro, ovvero la disciplina nazionale del procedimento concessorio derivata dal diritto europeo.

VIII. Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici: criteri distintivi nazionali ed europei.

Prima di procedere ad esaminare da vicino quanto concerne il profilo menzionato per il diritto europeo, pare opportuno contestualizzare brevemente la problematica che ci occupa nel diritto nazionale italiano.

Il dibattito interno è stato piuttosto acceso ma nel tempo, specie per effetto dell'incidenza determinante del diritto europeo, si è sopito lasciando pochi punti d'approdo di cui si dà conto.

A fronte di una tesi più risalente¹⁶¹ che ha fondato la distinzione sulla natura giuridica dei due istituti, se ne è affiancata via via un'altra¹⁶² pronta a valorizzare - in linea con l'approccio (ma non con l'esito) sostanzialistico europeo - l'oggetto proprio dell'uno o dell'altro.

Secondo la ricostruzione tradizionale, la concessione doveva distinguersi dall'appalto anzitutto per la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta alla natura negoziale dell'appalto; in secondo luogo, a fronte del carattere

¹⁶¹ Pototschnig U., *Concessione ed appalto nei pubblici servizi*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 606 (originariamente pubblicato in *Jus*, 1955, 393 ss.).

¹⁶² Per la dottrina si veda Villata R., *Pubblici servizi*, cit, 89; Romano A., *La concessione di un pubblico servizio*, cit., 21.

surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, l'appaltatore invece compie attività di rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; l'effetto accrescitivo, poi, della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica; il trasferimento di potestà pubbliche in capo al concessionario¹⁶³, che opererebbe quale organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico¹⁶⁴.

Altresì affermata l'idea che l'appalto pubblico di servizi importi necessariamente una prestazione a favore dell'amministrazione e non anche della collettività; per apportare, invece, utilità a quest'ultima sarebbe necessario ricorrere alla concessione di servizi pubblici, istituto in grado¹⁶⁵ di accedere ad un rapporto trilaterale (amministrazione concedente-operatore concessionario-utenza), imprescindibile quando si

¹⁶³ Pototschnig U., cit., 592-597, che già all'epoca sconfessava la consistenza di questo assunto solo considerando che a) pure a fronte di un contratto di appalto è possibile che spettino all'appaltatore potestà autoritative necessarie e b) che la veridicità dell'affermazione non dipende dalla natura giuridica dell'uno o dell'altra quanto piuttosto dalle esigenze proprie delle prestazioni che l'amministrazione pone in capo all'appaltatore ovvero al concessionario. Ma v'è di più, poco oltre quelle pagine, l'autore anticipa una considerazione che fa riflettere: discernere tra concessione e appalto è operazione strumentale alla comprensione di un ulteriore dubbio, e cioè quello di comprendere se solo uno dei due strumenti possa essere impiegato per l'affidamento della gestione di un servizio pubblico o se entrambi si prestino a garantire all'amministrazione quell'utilità.

La risposta individuata dall'autore è nel senso dell'inesistenza di elementi nella natura giuridica degli istituti (punto di partenza della teoria dell'autore) che siano determinanti per escludere che l'appalto possa essere impiegato per offrire servizi ai cittadini o che la concessione possa essere destinata a fornire prestazioni direttamente all'amministrazione. Nulla osterebbe in questa lettura (nota 7 pag. 596) del discrimine tra le due figure, insomma, a riconoscere la possibilità di impiegare l'uno o l'altro per l'espletamento del medesimo ordine di attività. Ci si può chiedere se qualcosa osti in tal senso quando, invece, si prediliga la più recente tesi che fonda la differenza tra le due figure sull'oggetto del rapporto, ma, anzi, pure in questa prospettiva si riescono a intravedere conferme della bontà del ragionamento di U. Pototschnig: se occorre basarsi sul contenuto delle disposizioni che contraddistinguono una vicenda o l'altra a maggior ragione se ne può inferire la piena interscambiabilità degli strumenti da parte dell'amministrazione. Per la dottrina dell'epoca si veda nel contributo citato, 596, nota 8 in merito alla surrogabilità dei procedimenti pubblicistici con procedimenti di diritto privato.

¹⁶⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294 sull'affidamento dei servizi di igiene urbana ed i servizi complementari ed accessori.

¹⁶⁵ Ma non necessariamente. Si pensi alla specie di concessione di opere, oggi disciplinata dall'art. 143, comma 9, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (cd. Codice dei contratti pubblici), relativa ad opere destinate esclusivamente all'uso diretto da parte dell'amministrazione concedente. Cfr. Goisis F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, 704.

parli di servizi pubblici. Vi sarebbe poi, e di conseguenza¹⁶⁶, da considerare l'allocazione dei costi delle prestazioni ricevute: in un caso spetterebbe all'amministrazione beneficiaria compensare l'appaltatore, mentre nell'altro sarebbe l'utenza a doversene fare carico.

Questi i principali punti di arrivo di dottrina e giurisprudenza¹⁶⁷ che, benché non del tutto superati, nel tempo sono diventati recessivi rispetto alle indicazioni provenienti dal diritto europeo sul quale occorre ora soffermarsi.

Si è detto dell'evoluzione che ha condotto all'adozione della direttiva 92/50/CE sulle procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi e della nozione che da lì emerge di concessione di servizio pubblico.

Ebbene, è servito il successivo intervento della Commissione europea a far chiarezza sul contenuto della nozione nella prospettiva di dar vita ad una disciplina *ad hoc* per lo strumento concessorio in considerazione della sua importanza sempre crescente in relazione alle politiche europee sulla concorrenza e alle libertà fondamentali enunciate dal Trattato istitutivo.

¹⁶⁶ Cfr. per ipotesi in cui la configurazione dell'appalto giustifica la remunerazione da parte dell'amministrazione. Tar Liguria, Genova, 9 gennaio 2009, n. 39; Consiglio di Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 1623; Consiglio di Stato, sez. V, 1 agosto 2007, n. 4270, la quale individua altresì espressamente il criterio discrezionale rispetto alla concessione nella trilateralità del rapporto.

¹⁶⁷ Confermati altresì da Corte di Cassazione, S.U., ord. 27 maggio 2009, n. 12252 (punti 3.1-6.1 incluso) in relazione all'affidamento di "servizi aggiuntivi" da svolgersi presso luoghi di interesse culturale ed artistico, integrati dalla prestazione del servizio di biglietteria. In quell'occasione, la Corte si sofferma 1) sulla differenza tra appalti e concessioni (rilevante per vagliare la correttezza della qualificazione normativa di settore in questo caso) ripercorrendo esattamente i punti sopra sintetizzati, 2) riconoscendo che, "ai fini dell'ordinamento comunitario", a tutti i criteri delineati, debba semplicemente aggiungersi quello della remunerazione 3) per poi giungere a qualificare, in ragione di quest'ultimo dato, il servizio di biglietteria quale oggetto di un appalto di servizio pubblico, mentre i restanti servizi come oggetto di concessione di servizi pubblici. La Corte, quindi, erroneamente colloca nell'alveo del diritto europeo i criteri discretivi tra le fattispecie propri dell'impostazione nazionale, ma correttamente sulla base dell'unico criterio rilevante per il diritto europeo finisce per inquadrare parte della fattispecie nell'appalto. Di più, nella figura dell'appalto di servizi pubblici, con ciò contraddicendo *in nuce* l'argomento della necessaria bilateralità del rapporto che si instaura con il predetto strumento.

Con la Comunicazione interpretativa adottata dalla Commissione il 29 aprile 2000¹⁶⁸, l'Unione ha definito il rischio di gestione quale unico elemento discriminante tra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici. Attraverso quella che può definirsi un'equazione, la Comunicazione equipara lo strumento concessione di lavori alla concessione di servizi affatto considerata dalla direttiva 92/50/CE per inferirne le medesime caratteristiche e, quindi, concludere che il modo di remunerazione del gestore del servizio determina l'inquadramento della fattispecie o meno nell'alveo dell'appalto di servizi: quando se ne faccia carico l'amministrazione troverà applicazione la direttiva, quando invece l'operatore assuma i rischi della gestione “[...] rifacendosi sull'utente [...] per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone” si esulerà dalla stessa. Si evince così che l'elemento della remunerazione presenta un duplice contenuto: uno positivo che sta cioè ad individuare nel prelievo dall'utenza il modo attraverso il quale il concessionario trarrà il compenso per la propria prestazione, ma anche uno negativo che cioè esige che, oltre quel diritto, il concessionario non possa attendere l'intervento dell'amministrazione per coprire costi rimasti scoperti a causa di una gestione non ottimale del servizio.

Questo parrebbe tradursi nella necessità che il piano economico dell'offerta debba essere esplicitato dall'operatore che aspiri all'aggiudicazione della concessione, il quale deve mostrare ragionevoli previsioni circa la realizzabilità della copertura finanziaria (oltre che del conseguimento di un margine di utile) attraverso la gestione del servizio, così come risulterà dal connubio dei termini della gara con quelli propri dell'offerta formulata.

¹⁶⁸ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario. Al punto 2.1.2 chiaramente: “il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione; la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento «rischio» viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione”.

Si precisa inoltre che “la concessione di servizi riguarda di solito attività che, per la loro natura, l’oggetto e le norme che le disciplinano possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali”, con questo rendendo evidente che la concessione di servizi di interesse economico generale non può che considerarsi una *species* del *genus* concessione di servizi: difatti, la non necessità che l’affidamento comporti in ogni caso anche la delega di servizi di interesse generale (paragrafo 2.4 Comunicazione) ovvero attività riconducibili alla responsabilità dello Stato, implica che esiste una categoria generale di concessioni di servizi di cui i servizi di interesse economico generale (ovvero i servizi pubblici) costituiscono solo un importante sottoinsieme.

È logico e coerente con questo inquadramento che la concessione venga altresì collocata dalla Commissione tra le forme possibili di partenariato pubblico-privato (PPP)¹⁶⁹, a loro volta definite in modo unitario quali “atti dello Stato per mezzo dei quali l’autorità pubblica affida ad un soggetto [...] la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell’ambito delle prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume la parte essenziale del rischio di gestione”.

È possibile, ma non necessario né scontato, che la concessione risulti lo strumento prescelto dall’ente per la delega di gestione di servizi pubblici e la contestualizzazione così operata dalla Commissione consente altresì di precisare che la mancata esplicita previsione dello strumento concessorio (di servizi o di pubblici servizi) nella normativa esistente non implica la sottrazione di questo strumento, come degli altri menzionati, alle regole del Trattato ed ai suoi principi come esplicitati dalla Corte di Giustizia¹⁷⁰.

Quindi, alla luce di quanto sin qui detto, è possibile concludere che nell’impostazione data dalla Commissione con la comunicazione del

¹⁶⁹ Ciò che non pare affatto idoneo a far sfumare la decisività del criterio del rischio di gestione quale discrimine assoluto tra concessioni di pubblici servizi e appalti di servizi.

¹⁷⁰ Il presupposto per la rilevanza del diritto europeo resta sempre quello già esaminato, e cioè la rilevanza economica delle prestazioni che formano oggetto della concessione.

2000, la concessione si presenta come strumento estremamente versatile per l'attribuzione di compiti aventi rilevanza (corrispondente ad un interesse economico) generale o meno senza che questo sposti di molto i termini della questione principale: infatti, se l'attività che ne forma oggetto presenta rilevanza economica - a prescindere dalla natura degli interessi che ci si prefigge di soddisfare - troverà spazio la normativa europea e, in particolare, quando sia ravvisabile il rischio economico in capo al gestore, si potrà parlare senz'altro di concessione e non di appalto¹⁷¹. Potrà aversi una concessione di servizi o un appalto avente per oggetto le medesime attività: nulla segna la destinazione dello strumento concessorio verso una specifica categoria di servizi rilevanti per il diritto europeo come inevitabile¹⁷². Che attraverso il servizio erogato si intenda dar seguito ad esigenze di interesse generale risulta essere decisivo unicamente per giustificare eventuali distorsioni della concorrenza che dovessero risultare necessarie a quei fini, ma in termini di inquadramento della fattispecie paiono del tutto ininfluenti.

Questa considerazione merita però senza dubbio una breve riflessione affinché si possa concludere definitivamente che il criterio del rischio economico sia l'unico¹⁷³ a differenziare - non solo la concessione di servizi in generale ma specie - la concessione di pubblico servizio dall'appalto. Si è già appena sopra anticipata la risposta al quesito,

¹⁷¹ Le deduzioni si devono a Bertonazzi L. – Villata R., cit. 1856-1857.

¹⁷² Né di conseguenza, l'inidoneità dell'appalto ad accedere ad un rapporto di servizio pubblico. In questa ottica, la trilateralità del rapporto cui darebbe luogo la concessione così come la bilateralità cui, volendo ammetterlo, darebbe luogo l'appalto non inciderebbe in ogni caso sul possibile oggetto del rapporto.

¹⁷³ Cfr. però Leggiadro F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb.app.*, 2000, 10, 1074 secondo cui dalla collocazione nell'ambito dei PPP potrebbe evincersi anche un ulteriore tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto, poiché solo per effetto della prima si instaurerebbe un rapporto tra "soci" volto a realizzare un'iniziativa di successo per la collettività mentre l'appaltatore sarebbe unicamente esecutore di una determinata prestazione al fine di conseguire il corrispettivo stabilito.

L'osservazione tuttavia non pare determinante (né emerge in questo senso un forte convincimento contrario da parte dell'Autore) anche alla luce di quanto si legge nella Comunicazione della Commissione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni del 15 novembre 2011, 5, che riconosce che "tutte le forme di PPP sono qualificabili come appalti pubblici o come concessioni" con ciò palesando che non solo la concessione possa qualificarsi come PPP con le conseguenze sopra descritte in termini di relazione con l'Amministrazione appaltante o concedente.

considerando che nella Comunicazione del 2000 il riferimento al rischio di gestione è chiaro e ben delineato laddove si enuncia espressamente che 1) le concessioni di servizi di interesse economico generale sono parte del *genus* concessioni di servizi, 2) come per le concessioni di lavori, “il criterio della gestione è una caratteristica essenziale per stabilire se si è presenza di una concessione di servizi [o di servizi di interesse economico generale]¹⁷⁴. Applicando tale criterio, si ha concessione di servizi quando l’operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull’utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone”¹⁷⁵.

Si evince anche da queste disposizioni che la destinazione delle prestazioni al pubblico e non anche all’amministrazione che è pure considerata a livello nazionale, non viene presa in considerazione dallo stesso al fine precipuo di segnare un confine con l’appalto (di servizi pubblici), benché valga invece a delineare il contenuto delle concessioni di servizi pubblici - oltreché la differenza con la figura dell’appalto di servizi.

Nulla pare poi determinante nel senso di riconoscere che le prestazioni di servizio pubblico possano rendere obbligata la scelta dello strumento concessorio sulla base di una presunta incompatibilità dell’appalto a quei fini e, di conseguenza, non può che riproporsi la medesima conclusione quando manchi anche a livello sovranazionale alcun appiglio che in tal senso consenta di differenziare ulteriormente le due forme di affidamento delle prestazioni di servizio pubblico.

Questa impostazione troverà conforto anche successivamente con l’adozione della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, laddove si procederà a dare una definizione normativa delle concessioni di servizi, benché al solo scopo di escluderle dall’ambito applicativo delle disposizioni ivi contenute. La direttiva, volta al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici

¹⁷⁴ Parentesi aggiunte.

¹⁷⁵ Paragrafo 2.2.

di lavori, di forniture e di servizi, in particolare classifica la concessione quale “contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo” (art. 1, par. 4 direttiva 2004/18/CE cit.). Viene così allontanata qualsiasi obiezione circa la perfetta interscambiabilità delle due modalità di affidamento in quanto, pur non menzionandosi l’ipotesi di servizi di interesse economico generale, può ragionevolmente darsi per presupposta e condivisa la posizione manifestata dalla Commissione pochi anni prima e di cui si è appena detto.

La concessione di servizi pubblici possiede tutte le caratteristiche strutturali della concessione di servizi, differenziandosene unicamente sotto il profilo della destinazione delle prestazioni che ne formano oggetto e del legame tra le medesime e gli interessi di carattere generale coinvolti.

A questo punto pare di poter addurre ad ulteriore conforto di quanto sin qui detto che anche le successive posizioni assunte dalla Commissione sembrano orientate a mantenere quale unico criterio discrezionale tra le due modalità di affidamento quello del detto rischio economico, assimilando per tutto il resto le due ipotesi. Pare in questo senso particolarmente significativa la Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici” dell’1 agosto 2006, laddove - benchè le concessioni siano dichiaratamente escluse dall’oggetto¹⁷⁶ della comunicazione - al punto 1.2 secondo paragrafo, si riconosce che “sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive [...] le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono cionondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato” e che tra questi vi sono le concessioni di servizi così come gli appalti inferiori alle soglie oltreché gli appalti di

¹⁷⁶ Cfr. nota 3 dell’introduzione.

servizi di cui agli allegati alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE¹⁷⁷. I due strumenti vengono equiparati sotto il profilo della disciplina applicabile¹⁷⁸ ed ancora una volta la Commissione manca di dare indicazioni di segno contrario quanto alla loro equipollenza, con la conseguenza che pare in definitiva che non si possa individuare altro criterio distintivo che non sia quello retributivo sin dall'inizio indicato.

IX. Il rischio di gestione e l'instabile equilibrio con il regime europeo degli aiuti di Stato.

Prendendo le mosse da quanto sin qui detto, resta a questo punto da esaminare il contenuto del criterio del rischio economico che il gestore del servizio è tenuto ad assumere su di sé quando la modalità prescelta dall'ente per l'affidamento del servizio pubblico sia quella della concessione.

Secondo le indicazioni della Commissione e della Corte di Giustizia, il rischio economico consiste essenzialmente nella normale alea imprenditoriale circa la copertura dei costi sopportati per la predisposizione e gestione del servizio insieme a quella del guadagno di un utile minimo. Nella fattispecie concessoria, contrariamente all'appalto, quest'alea dovrebbe ricadere in tutto o quasi sul concessionario sul quale graverebbero pertanto le conseguenze di una cattiva gestione del servizio. Proprio in tale apporto di capitale privato alla realizzazione di prestazioni utili per la collettività risiederebbe peraltro un'importante ragione di

¹⁷⁷ Precisamente i servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE.

¹⁷⁸ Proprio quest'ultimo profilo si mostrerà interessante per il prosieguo dello studio, in quanto la specificazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza ivi contenuta per le ragioni indicate nel testo può senz'altro riferirsi anche alle gare per l'affidamento di concessioni.

convenienza per gli enti locali rispetto all'appalto, in cui i costi al contrario sono interamente a carico della stazione appaltante.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia degli ultimi anni sembra offrire qualche elemento utile per puntualizzare cosa, in concreto, debba ricadere sul concessionario, laddove si è distinto il rischio di disponibilità dal rischio di domanda. Quest'ultimo risiederebbe nell'incertezza della richiesta da parte dell'utenza delle prestazioni offerte, mentre il primo consisterebbe nell'alea in termini di ritorno economico legata alla cattiva qualità della gestione dei servizi¹⁷⁹.

In un caso recente¹⁸⁰ la Corte, chiamata ad interpretare una fattispecie di affidamento di gestione di servizi di soccorso in ragione di un regime di remunerazione a favore del gestore tale da coprire quasi del tutto i costi generati dal servizio stesso, ha avuto modo di chiarire che:

- 1) il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come “rischio di esposizione *all'alea del mercato* il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio”¹⁸¹;
- 2) “rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di

¹⁷⁹ Goisis F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, 710.

¹⁸⁰ Corte di Giustizia., 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, punto 38.

¹⁸¹ Cfr. in questo senso Corte di Giustizia, 27 ottobre 2005, causa C-234/03, *Contse e a.*, punto 22, nonché Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, causa C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, punto 74.

servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi¹⁸²

La Corte ha così enucleato dal criterio di gestione, il vero elemento essenziale ai fini della qualificazione sostanziale della fattispecie, ovvero il rischio della domanda, di modo che sia possibile concepire una copertura o il mancato trasferimento del rischio di disponibilità attraverso una copertura *standard* dei costi prevedibili, purché la parte significativa dell'alea, per quanto ridotta, resti in capo al gestore¹⁸³.

Al di là di queste sintetiche prese di posizione sotto il profilo europeo, va specificato che la definizione puntuale del contenuto del rischio di gestione resta comunque problematica e delicata, non tanto per l'esigenza di comprendere se ci si trovi o meno di fronte ad una situazione in tutto analoga a quella di un normale imprenditore privato che operi sul libero mercato, quanto perché - come si è già detto - è proprio in ragione della specificità della missione attribuita al gestore (e che è tale da incidere sul rischio di gestione) che si ammettono deroghe al regime ordinario della concorrenza.

Si è avuto modo infatti di soffermarsi sull'essenziale previsione di obblighi antieconomici perché sia possibile riferirsi a prestazioni rese in regime di servizio pubblico e, correlatamente, si è riconosciuta la possibilità per l'ente concedente di prevedere misure che siano

¹⁸² Nella fattispecie la remunerazione era stabilita in sede di trattative a cadenza annuale con l'ente previdenziale (terzo rispetto alla concessione) ed in considerazione dell'incertezza previsionale dei costi e dei corrispettivi annuali, ovvero del dato per cui la legge bavarese attribuisce importanza alla fissazione di tariffe minime di uso del servizio nonché del fatto che la legge nazionale non garantisce la copertura totale dei costi di gestione, la Corte giunge a ritenere integrato il requisito del rischio di gestione, sub specie rischio della domanda, che qualifica il rapporto concessorio.

¹⁸³ A proposito la Corte reputa essenziale che l'accordo annuale ricomprenda unicamente la grande maggioranza degli utenti dei servizi che risulta assicurata presso gli enti previdenziali (attori della trattativa), mentre una parte non trascurabile degli utenti è costituita da persone non assicurate o assicurate privatamente in ordine alle quali il gestore non ha alcuna garanzia in termini (neppure previsionali) di domanda ovvero di recupero delle somme eventualmente dovutegli.

anticoncorrenziali al fine di prevenire il fenomeno del cd. *cream skimming*, con conseguente disincentivo di qualunque operatore ad aspirare all'assegnazione della commessa pubblica.

Difatti, da quel che si desume dall'art. 106, nel combinato disposto dei paragrafi 1 e 2, TFUE cit., le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale possono non sottostare al divieto di attribuzione di diritti esclusivi o speciali ovvero a quelli contenuti negli artt. 18 e artt. 101-109 TFUE, quando questi siano d'ostacolo all'adempimento della missione individuata dall'ente affidante. Se, quindi, non è affatto obbligato il ricorso da parte di quest'ultimo a strumenti anticoncorrenziali, tuttavia sembra a dir poco probabile che le amministrazioni se ne servano quando abbiano l'esigenza di evitare che i profili di gestione del servizio che non siano remunerativi - e siano tuttavia necessari ai fini della piena fruibilità collettiva - dissuadano ragionevolmente gli operatori dal concorrere per assicurarselo.

Anzi, occorre osservare come la *ratio* giustificativa della deroga ammessa dal Trattato risieda proprio in ciò, ovvero garantire l'appetibilità dei servizi di interesse economico generale nell'ottica del ruolo centrale in termini di coesione sociale oltreché economica che rivestono nei progetti europei. L'Unione riconosce come tollerabile il compromesso alle condizioni che si è cercato di esplicitare nei paragrafi precedenti e si riserva di sindacare la legittimità delle scelte nazionali mediante le maglie larghe della ragionevolezza e della proporzionalità.

In concreto, la violazione dei divieti menzionati può determinare l'attribuzione alla concessionaria di:

- 1) diritti speciali o esclusivi, nel senso di riconoscimento di attività remunerative correlate al servizio da gestire in regime di monopolio;
- 2) contributo finanziario diretto erogato dall'amministrazione concedente e, quindi, attinto dai bilanci pubblici, ovvero indiretto e riconosciuto mediante una riduzione delle imposte;

- 3) contributi imposti ad altri operatori del settore e destinati ad un fondo per la gestione del servizio e, in particolare, per la compensazione dei costi¹⁸⁴.

Il ricorso a queste opzioni, si rammenta, è ammesso unicamente nella misura in cui risulti strettamente necessario alla missione prestabilita: la stessa Corte di Giustizia nel citato caso Corbeau, ai punti 14 ss. ammette che si giunga fino alla esclusione di qualsiasi forma di concorrenza da parte di altri operatori, al solo fine di assicurare al gestore di operare e “garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico [...] e in particolare di beneficiare di condizioni economicamente accettabili”. Ciò che, prosegue la Corte, implica l’ammissibilità di qualsiasi misura utile a restringere la concorrenza quanto basta per consentire la compensazione delle perdite imposte dall’amministrazione¹⁸⁵.

Di fronte a queste premesse occorre in particolare prestare attenzione e riflessioni alla possibilità di cui al n. 2) che individua un punto di contatto tra la disciplina dei servizi di interesse economico generale e quella assai articolata e delicata degli aiuti di Stato.

Poiché, infatti, si fa riferimento ad un sostegno finanziario direttamente o indirettamente attinto dalle casse pubbliche¹⁸⁶, entrano inevitabilmente in gioco le disposizioni ed i principi europei che vietano di falsare il mercato agevolando l’attività di un’impresa nazionale

¹⁸⁴ Bertonazzi L.-Villata R., cit., 1826, riferisce della direttiva servizio universale 2002/22/CE la quale, per le comunicazioni elettroniche, impone agli Stati di abrogare e non introdurre diritti speciali o esclusivi per poi ammettere la possibilità di costituire un apposito fondo alimentato proprio dagli altri operatori del settore (cfr. art. 13).

Si tenga inoltre presente che sebbene i due concetti siano tra loro fortemente interconnessi, i servizi pubblici non sempre e non necessariamente devono essere gestiti in termini monopolistici. È quindi ben possibile, dissociando i contenuti delle disposizioni di cui ai paragrafi 1 e 2 dell’art. 106, che le imprese che ricadano nel secondo alveo non ricadano anche nel primo e siano pertanto unicamente destinatarie di missioni, obblighi di contribuzione nel senso appena visto e non anche dei medesimi diritti esclusivi eventualmente riconosciuti ad uno solo degli operatori.

¹⁸⁵ Cfr. Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, C-320/91, Corbeau, cit., specie al punto 21 dove afferma che l’art. 90 TCE osta ad un regolamento nazionale che vieti, a pena di sanzioni penali, l’accesso alla concorrenza di altri operatori del settore che intendano offrire servizi speciali e diversi da quelli già offerti dal gestore e scindibili da questi ultimi.

¹⁸⁶ Il riferimento esplicito allo Stato ricomprende, in realtà, tutte le amministrazioni pubbliche, gli enti territoriali e locali contemplati dall’ordinamento di ciascuno stato membro.

mediante contributi economici che abbiano l'effetto di disincentivare l'ingresso di altri operatori europei non destinatari del medesimo beneficio.

Dall'art. 107, par. 1, TFUE (già art. 87 TCE)¹⁸⁷ emerge anzitutto che ricade in questo divieto qualsiasi agevolazione concessa dallo Stato o conseguita mediante risorse dello stesso, che produca l'effetto appena detto e che incida sugli scambi tra Stati membri. L'indeterminatezza del concetto di agevolazione segna un limite molto elastico per l'indagine della Commissione chiamata a vagliare la compatibilità della misura con il diritto europeo¹⁸⁸ e che ricomprende, però, non solo e non tanto l'individuazione della forma di beneficio proibito quanto la verifica del conseguente effetto distorsivo che si vuole evitare.

Difatti è l'impatto sugli scambi tra Stati membri che genera l'intollerabilità per la sovvenzione riconosciuta e non anche la sovvenzione in sé considerata: come precisato dalla Corte di Giustizia¹⁸⁹, l'incidenza negativa si palesa in presenza di un rafforzamento della posizione di un'impresa nei confronti delle altre interessate, senza che occorra - ad esempio - che la beneficiaria si collochi sul mercato europeo e, quindi, sovranazionale degli scambi. L'effetto negativo è valutato in concreto ed è considerato rilevante anche solo nella sua dimensione

¹⁸⁷ Testualmente: "Salvo deroghe contemplate dai Trattati, sono incompatibili con il mercato interno, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".

¹⁸⁸ Il controllo della Commissione è esercitato in via autorizzativo-preventiva per certe tipologie di aiuti che si vedranno ovvero in via successiva alla loro adozione. I procedimenti erano inizialmente disciplinati dai regolamenti: 7 maggio 1998, n. 994 sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali; 12 gennaio 2001, n. 70 relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese; 12 gennaio 2001, n. 68, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti destinati alla formazione; 12 dicembre 2002, n. 2204, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione; 24 ottobre 2006, n. 1628, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato agli aiuti di Stato per investimenti a finalità regionale. Ad eccezione del primo, questi regolamenti sono stati sostituiti da quello adottato in data 6 agosto 2008, n. 800, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato (regolamento generale di esenzione per categoria).

¹⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 20 novembre 2003, C-126/91; Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, C-308/01; Corte di Giustizia, 15 dicembre 2005, C-66/02. La giurisprudenza della Corte si mostra univoca sul requisito della transnazionalità delle attività della beneficiaria, mostrando attenzione già soltanto ad un'alterazione potenziale degli scambi senza che sia necessario il requisito ulteriore della partecipazione diretta all'*export*.

potenzialmente deterrente: quanto basta a ritenere l'aiuto incompatibile è il rafforzamento dell'impresa beneficiaria e non anche la conseguente astensione da parte delle altre interessate¹⁹⁰, le quali ben potrebbero decidere di entrare comunque - benché svantaggiate - nel mercato e di “tentare” la via della concorrenza.

L'Unione ha però affiancato alla regola generale numerose clausole normative che individuano eccezioni rilevanti e che sono indicate

¹⁹⁰ Corte di Giustizia, 30 aprile 2009, C-494/06, punto 50 dove si legge chiaramente che “per qualificare una misura nazionale come aiuto di Stato non è necessario dimostrare una reale incidenza di tale aiuto sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma basta esaminare se l'aiuto sia *idoneo* a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza”.

La sentenza, che conferma la decisione di primo grado, è interessante anche laddove, in merito alla fattispecie concreta, esamina a fondo il puntuale obbligo di motivazione gravante sulla Commissione che sanziona lo Stato membro. Il caso riguardava aiuti volti a finanziare, mediante prestiti (di importo esiguo) a tasso agevolato, spese di penetrazione commerciale in Stati terzi relative all'installazione di strutture permanenti ovvero al supporto promozionale. La Corte osserva che, di fronte a misure non immediatamente volte ad agevolare l'*export* da parte di un'impresa nazionale, l'effetto potenzialmente distorsivo avrebbe dovuto essere argomentato dalla Commissione, la quale “non era tenuta a procedere ad un'analisi economica della situazione effettiva del mercato di cui trattasi, o delle correnti di scambi in oggetto tra Stati membri, né ad esaminare gli effetti concreti degli aiuti controversi”, ma avrebbe dovuto quantomeno specificare i profili in relazione ai quali, una fattispecie non evidente *ex se*, avrebbero potuto causare distorsioni alla concorrenza. La motivazione generica, insieme ai dati della esiguità degli importi erogati e dell'obiettivo immediato dei prestiti concessi, non direttamente connessi all'attività del beneficiario su detto mercato, ma riguardanti il finanziamento delle spese di penetrazione commerciale in Stati terzi, ha determinato il rigetto dell'impugnazione e la condanna della Commissione alle spese .

Cfr. inoltre sul punto, Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze punto 140.

principalmente ai successivi par. 2 e 3 dell'art. 107 cit.¹⁹¹, e soprattutto in numerosi provvedimenti della Commissione¹⁹².

Ne emerge un quadro articolato e complesso in cui è evidente il ruolo centrale della Commissione¹⁹³ cui, ai sensi dell'art. 108¹⁹⁴ TFUE, è attribuita la competenza del procedimento di controllo e sanzione degli

¹⁹¹ Con riguardo al paragrafo 2, vengono dichiarati compatibili con il Trattato (e fatto salvo comunque il potere di verifica della Commissione) quelli: a) concessi a singoli consumatori per ragioni sociali; b) destinati ad alleviare le difficoltà create da calamità naturali o da altri eventi eccezionali; c) previsti esplicitamente per certe regioni della Repubblica federale di Germania per compensare gli svantaggi provocati dalla divisione del paese (norma di cui si ammette l'abrogazione su proposta della Commissione una volta decorsi cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona). Con riferimento, invece, al successivo paragrafo 3, si ammette che *possano* essere considerati compatibili con il Trattato gli aiuti concessi per: a) lo sviluppo economico delle Regioni in cui vi sia un grave stato di disoccupazione ovvero in cui il tenore di vita sia anormalmente basso; b) la realizzazione di un importante progetto europeo oppure per porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; c) lo sviluppo economico di attività emergenti o critiche ovvero di aree geografiche pur quando non siano colpite da un grave sottosviluppo. Si tratta in quest'ultimo caso di parte dei cosiddetti aiuti orizzontali, volti cioè a sostenere economicamente specifici obiettivi di rilevanza generale e a prescindere dal settore (piccole e medie imprese, ricerca e sviluppo, tutela dell'ambiente, occupazione e formazione).

¹⁹² Provvedimenti di attuazione del regolamento del Consiglio dell'Unione Europea, 7 maggio 1998, 994/98 cit. sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali (cfr. nota precedente). In particolare in quell'occasione è stato dato mandato alla Commissione di dettare specifiche norme per gli aiuti destinati a specifici obiettivi nonché per quelli che non superino determinati importi (cd. aiuti *de minimis*) (cfr. in particolare artt. 1 e 2 del regolamento citato). Di seguito la Commissione è intervenuta dettando: 1) Regolamento (CE) n. 68/2001 sugli aiuti destinati alla formazione, 2) il Regolamento (Ce) n. 69/2001 sugli aiuti *de minimis* e 3) il Regolamento (CE) n. 70/2001 sugli aiuti destinati alle PMI, modificato dal Regolamento (CE) n. 364/2004, che ne estende l'applicazione agli aiuti alla ricerca e sviluppo. A questa serie iniziale ne è seguita un'altra che ricomprende il regolamento (CE) n. 1998/2006 sugli aiuti d'importanza minore (*de minimis*); il regolamento (CE) n. 1628/2006 relativo agli aiuti di Stato per investimenti a finalità regionale; il regolamento (CE) n. 1857/2006 relativo agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese attive nella produzione di prodotti agricoli. Più recentemente la Commissione ha adottato un nuovo regolamento generale di esenzione per categoria regolamento (CE) n. 800/2008 consolidando in un unico testo le disposizioni precedenti.

¹⁹³ Intervenuta relativamente agli aiuti regionali, per esempio, altresì mediante diverse comunicazioni: Comunicazione della Commissione 23 giugno 1971; del 26 febbraio 1975 e del 21 dicembre 1978; ma anche attraverso la decisione del 27 luglio 1994, 94/725/CE e quella del 10 novembre 1994.

Occorre inoltre tenere presente in particolare il Piano d'azione in materia di aiuti di stato per il periodo 2005-2009 nonché la Comunicazione 8 maggio 2012 in tema di modernizzazione degli aiuti di stato per il periodo 2013-2020 da cui emergono alcuni fondamentali principi: a) occorre programmare e prevedere aiuti di Stato meno numerosi e più efficaci così da b) promuovere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva in un mercato interno competitivo; c) concentrare il controllo *ex ante* della Commissione sui casi con il maggiore impatto sul mercato interno, rafforzando nel contempo la cooperazione tra gli Stati membri in materia di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato; d) razionalizzare le norme e accelerare i tempi di decisione.

¹⁹⁴ *Ex art.* 88 TCE e prima ancora art. 93 TCE.

aiuti incompatibili con il diritto europeo, a sua volta delineata puntualmente dal regolamento 794/2004¹⁹⁵.

La disciplina è andata intersecandosi con il settore dei servizi di interesse economico generale relativamente tardi rispetto alla sensibilità maturata dall'Unione in ambiti altrettanto problematici¹⁹⁶, anche considerato che l'art. 93 TFUE ammette¹⁹⁷ “gli aiuti richiesti dalle necessità di ordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”.

Il problema risiedeva allora così come oggi nel comprendere se la sovvenzione economica destinata ad imprese che gestiscono Sieg debba ritenersi “aiuto di Stato” ovvero essere qualificato quale compensazione lecita degli obblighi antieconomici imposti all'atto di conferimento.

Poiché alcuna indicazione contraria può trarsi dalla lettera della norma che abbiamo preso in esame, occorre senz'altro qualificare le sovvenzioni predette quali aiuti di Stato nel senso vietato dalle disposizioni europee e - di conseguenza - non resta altro da domandarsi se e quando possano ricadere nell'ambito di alcuna delle esenzioni pure contemplate dall'art. 107 cit. medesimo o dai regolamenti della Commissione ovvero da altra disposizione del Trattato.

Dunque, in questo senso, rinveniamo il fondamento della deroga generale all'applicabilità della normativa sugli aiuti di Stato nel più volte riportato art. 106, paragrafi 1 e 2, TFUE e nel limite di compatibilità tra le

¹⁹⁵ Prima regolamento del Consiglio 22 marzo 1999, 659/99 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE, seguito da altro emanato il 21 aprile 2004 ed avente analoga struttura riguardo alle modalità della notifica degli aiuti e della procedura di valutazione dei progetti di aiuti nuovi. Difatti, l'art. 108 è strutturato così da distinguere “aiuti esistenti”, “progetti diretti ad istituire o modificare aiuti”, “aiuti nuovi” e “aiuti non notificati” tendenzialmente tutti sottoposti ad un vaglio preventivo da parte della Commissione oltretché ad un imperituro potere di controllo e sanzione.

¹⁹⁶ L'attenzione europea si era già posata sugli aiuti alle imprese pubbliche. Cfr. Corte di Giustizia, 14 novembre 1984, C-323/82,; Corte di Giustizia, 10 luglio 1986, C-234/84 e 40/85; Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, C-395/89, Corte di Giustizia, 21 marzo 1991, C-303/88 da cui si evince un minimo comune denominatore e cioè che costituisce aiuto ai sensi dell'allora art. 87 TCE quello che un azionista privato non avrebbe effettuato sulla base di previsioni di redditività dello stesso, così vietando gli aiuti di risanamento.

¹⁹⁷ Così come il precedente art. 73 TCE. L'Unione affrontò la problematica anzitutto mediante il regolamento 1191/69 cit., recante il regime comunitario applicabile agli obblighi di servizio pubblico nel settore dei trasporti, autorizzando l'esclusione di quelle imprese la cui attività fosse limitata esclusivamente alla fornitura di servizio di trasporto urbano, extraurbano o regionale.

norme (in materia di concorrenza e quelle) contenute negli artt. 101-109 TFUE e le missioni di interesse economico generale, dal che consegue la derogabilità delle prime in favore delle seconde.

L'evidente carenza di indicazioni della norma ha però inevitabilmente dato adito a interpretazioni discordanti cui ha contribuito a porre degli argini¹⁹⁸ la Corte di Giustizia nella nota sentenza *Altmark trans*¹⁹⁹.

In quell'occasione la Corte, in realtà, intervenne minando in radice il presupposto da cui abbiamo preso le mosse, stabilendo che a certe condizioni la compensazione dei costi del servizio pubblico non possa costituire aiuto di Stato. Occorre in particolare che ricorrano quattro condizioni:

- 1) “l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico²⁰⁰”;
- 2) “i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti [...] al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti”;
- 3) “la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile²⁰¹”;

¹⁹⁸ Per una sintesi degli approdi precedenti alla sentenza che si cita di seguito nel testo, cfr. Bertonazzi L.-Villata R., cit., 1830 ss. laddove si rammenta, in linea con la lettera della norma, che gli aiuti alle imprese non vengono differenziati dall'art. 87, par. 1 TCE, a seconda dello scopo cui l'autorità nazionale aspira e che, di conseguenza in linea di principio nulla osta che le compensazioni di obblighi di pubblico servizio ricadano nel divieto ivi enunciato. La compatibilità può configurarsi quando tuttavia ricorrano le esenzioni menzionate dall'art. 87, par. 2 e 3 o nell'art. 73 per i trasporti ovvero - e pertanto rileva ai nostri fini - dall'art. 86, paragrafo 2, TCE (oggi 106 TFUE cit.).

¹⁹⁹ Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, C-280/00. Nello stesso senso Corte di Giustizia, 24 novembre 2003, C-34/01; Corte di Giustizia, 22 novembre 2001, C-53/00; precedentemente Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C-240/83.

²⁰⁰ Definiti in modo chiaro dall'atto attributivo delle funzioni di servizio pubblico.

²⁰¹ Punti 89-93 e 95 della sentenza. Per margine di utile si intende il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio per l'intera durata dell'incarico, tenendo conto del livello di rischio. Quest'ultimo va a sua volta

- 4) “qualora la scelta dell’impresa [...] non venga effettuata nell’ambito di una procedura [...], il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un’analisi dei costi che un’impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi [...], avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi”.

Le condizioni vengono inequivocabilmente intese come cumulative²⁰² e, pertanto, la sola mancanza di una di esse determinerebbe la qualifica della sovvenzione come aiuto di Stato da notificarsi alla Commissione cui spetterebbe autorizzarlo²⁰³. Da un’eventualità del genere - va precisato - non discenderebbe necessariamente un divieto da parte della Commissione, poiché non è scontato che vi sia incompatibilità tra quanto disposto dall’art. 93 TFUE (già art. 73 TCE cit.) e quanto statuito dall’art. 106, par. 2 TFUE: poiché la prima norma dichiara compatibili con il Trattato gli aiuti “corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”, il sindacato della Commissione, preso atto di essere di fronte ad un aiuto di Stato, ben potrebbe considerarlo compatibile laddove ricorrano le condizioni dell’art. 106, par. 2, cit. di cui si è detto²⁰⁴.

Le due norme, pur essendo collegate, non si contrappongono e, alla luce dei criteri Altmark, si muovono semplicemente su piani distinti, inerendo l’una alla qualifica sostanziale della misura compensativa e l’altra alla verifica delle condizioni di compatibilità della misura vietata con il Trattato.

calcolato sulla base del settore interessato, del tipo di servizio e delle caratteristiche del meccanismo di compensazione. Ove possibile occorre guardare al tasso di rendimento del capitale realizzato da servizi analoghi assegnati in condizioni di concorrenza (gara); mentre, ove non sia possibile, è consentito guardare anche a imprese site in altri Stati membri che gestiscano attività analoghe o anche differenti . Cfr. Lottini M., *I servizi di interesse*, cit., 1389.

²⁰² Cfr. punto 105.

²⁰³ Ai sensi dell’art. 108, par. 3, TFUE cit., che obbliga altresì ad uno *standstill*, ovvero ad una sospensione delle misure al vaglio fino a che la Commissione non le abbia autorizzate.

²⁰⁴ In questo senso Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, 354/05 laddove si è chiarito che le condizioni Altmark perseguono soltanto lo scopo di qualificare una misura compensativa come aiuto di Stato o meno, restando da definire la compatibilità della stessa ai sensi dell’art. 106, par. 2 TFUE, qualora una di quelle condizioni mancasse.

Da qui, la sensibilizzazione sul tema ha condotto all'adozione del cd. pacchetto Sieg, composto di una "decisione sui Sieg"²⁰⁵, "la disciplina relativa ai Sieg"²⁰⁶ e "la direttiva sulla trasparenza"²⁰⁷.

Il primo provvedimento definisce le condizioni in presenza delle quali la compensazione non debba essere obbligatoriamente notificata in via preventiva alla Commissione, in deroga alle disposizioni di cui all'art. 108, par.3, TFUE cit.: la *ratio* risiede nell'esigenza di non gravare di oneri amministrativi situazioni in cui il rischio di distorsione viene valutato a priori come relativamente basso. Difatti, vi ricadono sovvenzioni di qualunque genere di importo inferiore a 30 milioni di euro, quando siano elargite ad imprese che constino di un fatturato medio annuo inferiore a 100 milioni di euro nei due esercizi precedenti quello del conferimento del Sieg²⁰⁸. Tuttavia, è altresì necessario che l'autorità pubblica predisponga l'attribuzione della sovvenzione mediante uno o più atti che rechino indicazioni precise in termini di natura e durata del Sieg, parametri di calcolo, controllo e revisione della compensazione nonché le modalità affinché si evitino sovracompensazioni. Viene ribadita pure la condizione *sub* 3) enunciata nella sentenza Altmark in merito al margine di utile di cui tenere conto nella quantificazione del beneficio²⁰⁹, ma non anche quella *sub* 4) circa il metodo di selezione.

In ogni caso, la mancanza di queste condizioni enunciate nella decisione riespande l'obbligo di notifica alla Commissione dell'operazione intrapresa, con conseguente procedura di valutazione.

²⁰⁵ Decisione della Commissione, 28 novembre 2005, 2005/842/CE.

²⁰⁶ Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico 2005/C 297/04.

²⁰⁷ Direttiva 2005/81/CE che modifica la direttiva 80/723/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese.

²⁰⁸ La decisione non si applica ai settori del trasporto terrestre e della radiodiffusione. Risultano altresì esentate dall'obbligo di notifica e senza limiti di importo le compensazioni rivolte ad ospedali e imprese con incarichi di edilizia popolare. Cfr. artt. 1-3.

²⁰⁹ Cfr. art. 5 e art. 6 che obbliga gli Stati membri ad effettuare controlli regolari sulle imprese beneficiarie al fine di evitare che ricevano compensazioni eccessive, eventualità nella quale si ammette che l'*extra* possa essere computato all'anno successivo anziché essere immediatamente rimborsato.

L'altra decisione recante "la disciplina relativa ai Sieg" si limita a definire più puntualmente le condizioni già viste e ad aggiungere un'esenzione per quelle sovvenzioni che siano state programmate prima della loro attuazione; mentre con il terzo elemento del pacchetto, "la direttiva sulla trasparenza", è resa obbligatoria la contabilità separata per ciascun Sieg destinatario di compensazioni, a prescindere che debbano o meno qualificarsi come aiuti di Stato²¹⁰.

Complessivamente emerge un quadro chiaro in termini teorici e che, tuttavia, mostra perplessità applicative nella pratica delle Corti²¹¹ che spesso confondono l'indagine *ex art.* 107, par. 1, TFUE con quella di compatibilità, solo eventuale e comunque successiva rispetto alla prima, di cui all'art. 106, par. 2, TFUE.

210 Cfr. punto 4 della direttiva. Ciò è indispensabile al fine di distinguere, nel complesso di attività svolte dall'impresa beneficiaria, quelle imputabili ad obblighi di servizio pubblico da quelle che non lo sono per poi determinare la corretta misura della compensazione.

211 Corte di Giustizia, 18 gennaio 2005, 93/02; Corte di Giustizia, 1 luglio 2008, 341/06P; Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, 222/04, punti 105-116; Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, 189/03, punti 122-130; Corte di Giustizia, 12 febbraio 2008, 289/03, punti 152-310.

Per una corretta impostazione del problema si veda Decisione della Commissione, 28 ottobre 2009, relativa ad aiuti di Stato rilasciati dalla Gran Bretagna e dall'Irlanda del nord ad imprese concessionarie del servizio di trasporto marittimo in Scozia. Appurato di essere di fronte al finanziamento di un'attività economica rivolta al pubblico, il diritto europeo impone di a) accertare che il servizio di trasporto sia un Sieg, b) che gli operatori siano appositamente incaricati dall'autorità pubblica e assoggettati ad un potere di supervisione e c) che il "finanziamento sia proporzionato ai costi netti di fornitura del servizio pubblico, tenendo anche conto di altri introiti diretti o indiretti derivanti dal servizio pubblico, e non implichi inutili distorsioni di concorrenza o effetti sul mercato (proporzionalità)" (cfr. punto 256 decisione). Il settore dei trasporti, va detto, è esplicitamente escluso dalla "Disciplina relativa ai Sieg" "del 2005, ma la Commissione è in grado comunque di impiegare il disposto dell'art. 86, par. 2, TCE (oggi art. 106 TFUE) data la portata generale delle norme di cui è espressione. Il passaggio successivo della motivazione consiste, poi, nella verifica di un'eventuale esenzione per il caso concreto da parte della "Decisione relativa ai Sieg": qui non si esclude che vi possa ricadere anche il trasporto aereo o marittimo e pertanto occorre verificare le condizioni di esenzione di cui all'art. 2 della decisione medesima ovvero la presenza di a) compensazioni di obblighi di servizio pubblico di importo annuo inferiore a 30 milioni di EUR, concesse ad imprese con un fatturato totale annuo medio, al lordo delle imposte, inferiore a 100 milioni di EUR nei due esercizi precedenti a quello del conferimento del servizio d'interesse economico generale e di c) compensazioni di obblighi di servizio pubblico concesse ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole e con traffico annuale medio non superiore a 300000 passeggeri nei due esercizi precedenti a quello del conferimento del servizio d'interesse economico generale. Nessuna delle due condizioni era rispettata nel caso concreto, ma considerata la compatibilità con il disposto dell'art. 86, par. 2, TCE gli Stati membri vengono mandati esenti da eventuali sanzioni.

Successivamente, va dato conto dell'avvio di ampie consultazioni da parte della Commissione²¹² sulla disciplina normativa e giurisprudenziale in materia per i periodi 2008-2009 e 2010-2011, anno di "scadenza" del primo pacchetto Sieg, giungendo così all'adozione di una nuova comunicazione sugli aiuti di Stato ed i Sieg in data 23 marzo 2011²¹³: obiettivo comune a queste iniziative era la riforma del sistema vigente, tenendo conto delle esperienze maturate e delle proposte dei soggetti interessati²¹⁴.

Il nuovo pacchetto Sieg risale così al 20 dicembre 2011²¹⁵ e presenta elementi di novità, nella misura in cui non si limita a chiarire alcuni principi fondamentali in materia di concessione di aiuti ma introduce, in particolare, un regime più snello e *ad hoc* per i Sieg che abbiano un valore ridotto o una rilevanza locale oppure che perseguono un obiettivo sociale e, dall'altro lato, maggiori accorgimenti per quelli di dimensioni e portata più ampie.

Il nuovo pacchetto, in via di composizione, consta di:

- 1) una comunicazione²¹⁶ preordinata al chiarimento dei concetti fondamentali in materia;
- 2) una decisione²¹⁷ recante nuove disposizioni di esenzione, ai sensi dell'art. 106, par. 2, TFUE che, in particolare, manda esenti dall'obbligo di notifica:
 - a) tutti i servizi che rispondano "ad esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, assistenza di lungo termine, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione

²¹² Come previsto dal punto 25 della "disciplina relativa ai Sieg" e dal punto 9 della "decisione sui Sieg".

²¹³ Precisamente si tratta della Comunicazione concernente la riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale.

²¹⁴ Tutti consultabili al sito: ec.europa.eu/competition/consultations/2011_sgei/index_en.html.

²¹⁵ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale.

²¹⁶ Comunicazione della Commissione dell'11 gennaio 2012.

²¹⁷ Decisione 2012/21/CE, del 20 dicembre 2011, entrata in vigore il 31 gennaio 2012 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'art. 106, par. 2, TFUE, agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione di Sieg.

nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili”²¹⁸;

- b) alcuni Sieg destinatari di una compensazione pari o inferiore a 15 milioni di euro all’anno.
- 3) una nuova normativa che introduce una modalità di calcolo per stabilire l’ammontare delle compensazioni²¹⁹, l’obbligo per gli Stati membri di introdurre misure finalizzate all’efficienza delle compensazioni stesse e di rispettare le norme e i principi europee in materia di affidamento dei contratti, tra cui la parità di trattamento tra diversi gestori del medesimo servizio²²⁰;
- 4) un regolamento sugli aiuti “de minimis” appositamente per i Sieg²²¹: quando l’importo totale del contributo economico non superi i 500 mila euro nell’arco di tre esercizi finanziari, l’impresa che fornisce il servizio ricade nel regime appositamente dettato dal regolamento²²².

Il quadro così come sinteticamente prospettato rende l’idea, senza alcuna pretesa di esaustività, di un contesto in continua evoluzione che risente altresì delle esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica proprie di questi giorni. Il settore dei Sieg si mostra al centro delle questioni di maggior rilievo circa gli aiuti di Stato, confermando la propria importanza per la realizzazione degli obiettivi enunciati dal

²¹⁸ La menzione di questi servizi si spiega guardando all’approccio sostanzialista da sempre tenuto dalla Commissione la quale, sin dalle prime comunicazioni di cui si è detto, ha statuito che il rilievo economico dell’attiva esaminata va valutato caso per caso a nulla rilevando che il servizio sia - per esempio - gestito da un ospedale pubblico. La natura sociale del servizio cessa ed assume rilievo economico - quindi ricade nell’alveo delle regole sul mercato interno - ogni volta che sia ravvisabile anche solo un certo grado di concorrenza tra ospedali relativo a certe prestazioni effettuate contro il pagamento di un prezzo da parte dell’utenza. Cfr. sul punto la Decisione della Commissione 2005/842/CE cit. nonché il considerando n. 21 della proposta di direttiva della Commissione relativa all’aggiudicazione delle concessioni.

²¹⁹ Si tratta del criterio del “costo netto evitato”: il costo degli obblighi di servizio è calcolato come differenza tra il costo netto di una società di gestione di un Sieg e il costo netto che l’impresa sosterrrebbe se operasse senza obbligo di servizio pubblico.

²²⁰ Inserire riferimento.

²²¹ Regolamento della Commissione, 27 aprile 2012, relativo all’applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE agli aiuti di importanza minore concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale.

²²² Relativamente ai regimi già esistenti all’entrata in vigore del regolamento, la Commissione propone che gli Stati pubblicino l’elenco dei regimi di aiuto esistenti che dovranno essere adeguati al pacchetto Sieg entro il 31 gennaio 2013.

Trattato (cfr. art. 14 TFUE) ed il ruolo essenziale svolto in questo senso sia dall'Unione che dagli Stati membri chiamati a decidere, in un certo senso, e a collaborare attivamente sotto altri determinanti profili²²³.

X. Prospettive europee in tema di concessioni (di servizi di interesse economico generale).

Questa sezione di ricostruzione dell'inquadramento e delle maggiori problematiche attinenti alle concessioni di Sieg non può concludersi senza fare un cenno alla proposta di direttiva al Consiglio e al Parlamento europeo presentata dalla Commissione il 20 dicembre 2011 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

La parte più cospicua della nuova proposta normativa attiene alla regolamentazione delle gare aventi ad oggetto l'affidamento di concessioni, non solo di servizi, e, pertanto, una sua disamina più attenta ci occuperà al termine di questo studio.

Qui basti osservare, anzitutto, che il Titolo I, rubricato "definizioni, principi generali e campo di applicazione", contiene una definizione di concessione di servizi sganciata per la prima volta dalla nozione di appalto. Si legge, infatti, all'art. 2, par. 1, n. 7 che "per concessione di servizi si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori, avente per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli ai punti 2) e 4)²²⁴, ove il

²²³ Cfr. Protocollo n. 26 sui SIG allegato al Trattato di Lisbona.

²²⁴ Il punto 2 definisce la concessione di lavori pubblici quale contratto avente per l'oggetto l'esecuzione di lavori, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o in tale diritto accompagnato da un prezzo, mentre il punto 4 si riferisce alla concessione di lavori, avente il medesimo oggetto di quella definita al punto 2 ma relativa ad un rapporto tra uno o più operatori economici e uno o più enti aggiudicatori (cfr. art. 4).

corrispettivo dei servizi da prestare consista unicamente nel diritto di gestire i lavori²²⁵ oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo”.

Al paragrafo 2 del medesimo articolo si esplicita poi che il diritto di gestione di cui ai nn. 2), 4) e 7) (concessione di servizi) implica il trasferimento del rischio operativo e, cioè, il rischio che il gestore non abbia “garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell’opera o dei servizi oggetto della concessione”.

L’autonomia della definizione di concessione rispetto al concetto di appalto non ha evidentemente stravolto l’assetto che si era già delineato nella normativa e nella giurisprudenza europea, in entrambi i casi concentrata unicamente sull’implicazione principale della qualifica della fattispecie in un senso o nell’altro, ovvero l’allocazione del rischio economico.

Va riconosciuto alla norma citata il merito di una minima specificazione normativa del significato di rischio economico, che può consistere a) nel rischio relativo all’uso dei lavori o alla domanda di prestazione del servizio (rischio di domanda) oppure b) nel rischio relativo alla disponibilità delle infrastrutture fornite dal concessionario o utilizzate per la fornitura dei servizi agli utenti (rischio di disponibilità).

In particolare si osserva che l’inciso che precede le due lettere indica che il rischio “può assumere una delle due forme”: non sembra tuttavia voler dire che debba sussistere necessariamente un’alternativa tra a) e b), con la conseguenza che il rischio economico si può ben comporre di entrambe le voci.

Sembrerebbe plausibile, stando alla lettera della norma, che non influisca sulla qualifica di concessione il mancato trasferimento *in toto* del

²²⁵ Leggendo il par. 2 dello stesso articolo sembrerebbe una svista: lì si fa riferimento al diritto di gestire lavori o servizi di cui ai numeri 2), 4) e 7) quale presupposto per l’attribuzione del rischio di gestione al concessionario. Cfr. inoltre il considerando n. 6 che menziona espressamente il diritto di gestione dei servizi. Si ritiene, quindi, di doversi fare riferimento al diritto di gestire i servizi, quando si tratti di concessioni di tal genere.

rischio di domanda oppure del rischio di disponibilità, essendo sufficiente l'allocazione sul concessionario di uno solo dei due profili di rischio.

Occorre domandarsi come questa posizione normativa possa conciliarsi con quella giurisprudenziale espressa dalla Corte di Giustizia, ove si è riconosciuta portata determinante, ai fini della qualificazione di una fattispecie come concessione di servizi, alla sola presenza del rischio di domanda. Si era infatti osservato come il solo rischio della cattiva gestione del servizio pubblico non fosse sufficientemente qualificante per il giudice comunitario.

Pare sotto altro profilo che questo inciso possa avere qualche influenza sulla determinazione dei limiti dell'intervento economico da parte dell'ente pubblico concedente quando il diritto di gestire il servizio sia accompagnato da un prezzo.

Si potrebbe sostenere che le somme eventualmente preventivate all'atto di affidamento del servizio possano avere duplice natura:

1) da un lato, somme atte ad eliminare parte, o tutto, il rischio come definito *sub a)* ovvero *sub b)* - senza che ci sia l'obiettivo specifico di compensare in quel modo altresì obblighi di servizio pubblico e;

2) dall'altro, somme che, invece, costituiscano vere e proprie compensazioni di obblighi di servizio pubblico di cui si è detto nel precedente paragrafo.

Le medesime sovvenzioni, quindi, dovrebbero essere esaminate nella loro sostanza al fine di identificarne la destinazione: si avrebbero, quindi, misure impiegate per compensare servizi resi in perdita e quelle, invece, impiegate per evitare il trasferimento del rischio di domanda o del rischio di disponibilità. In questo senso, quando la remunerazione (*rectius* vantaggio economico) attribuita non sia volta a compensare le perdite determinate dall'obbligo di servizio pubblico si orbiterà in un contesto diverso da quello delineato dai provvedimenti in materia di aiuti di Stato nei Sieg: questi ultimi, così come influenzati dalle condizioni Altmank, presuppongono la destinazione delle somme alla copertura delle perdite generate dall'obbligo antieconomico. Quando tale presupposto manchi

sembra che ci si debba riferire unicamente alla disciplina ordinaria in materia di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 e 108 TFUE e, pertanto, sottostare ad un regime diverso da quello esaminato nel precedente paragrafo.

Altro profilo di interesse è l'intenzione che emerge dal settimo considerando di ricomprendere nell'alveo della nozione anche quelle fattispecie in cui l'amministrazione paghi interamente i costi del concessionario, ma questa remunerazione totale sia condizionata dall'effettiva disponibilità del servizio o del bene ovvero dall'effettiva domanda da parte dell'utenza. Si tratta evidentemente di ipotesi di concessioni in cui il soggetto che retribuisce le prestazioni si identifica nella stessa amministrazione, ma il dato è indifferente ai fini della qualificazione dell'istituto perché la mera provenienza da parte del soggetto pubblico della remunerazione non rileva quando il corrispettivo dipenda comunque dalla gestione del servizio, che ne determina l'alea.

Relativamente, poi, ad altro profilo esaminato poco più sopra, si rinviene al terzo considerando della proposta ulteriore conferma della massima autonomia riconosciuta agli Stati membri riguardo alla identificazione dell'interesse generale che dà luogo all'esigenza della costituzione di un servizio e, successivamente, sulla opzione tra autoproduzione ed esternalizzazione. Si legge infatti che “la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri o delle autorità pubbliche di decidere sulla fornitura diretta di lavori o servizi al pubblico, né sull'esternalizzazione della fornitura a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire le caratteristiche del servizio da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, così da poter perseguire i loro obiettivi di politica pubblica”.

Parte III

I. Premessa.

A questo punto, prima di occuparci della disciplina concretamente applicabile alle concessioni di servizi pubblici locali a rilevanza economica, occorre soffermarsi sull'evoluzione del diritto nazionale a far data dal 2004, cercando di cogliere i profili più significativi, specie nel senso dell'allineamento delle scelte interne con le indicazioni europee, con riguardo alla modalità di affidamento che qui interessa.

Pare utile in questo senso procedere ad una rapida ricostruzione dei principali punti d'approdo della disciplina del tempo attraverso le statuizioni della Corte costituzionale, pronunciate con sentenza dell'1 febbraio 2006, n. 29.

Chiamata a sindacare la legittimità costituzionale di certe norme regionali, alcune delle quali volte a derogare la normativa statale vigente e altre a disciplinare certi spazi scoperti, la Consulta ha anzitutto riassunto il quadro legislativo in materia riconoscendo che:

- 1) la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali spetta agli enti locali (art. 113, comma 2 TUEL), che possono tuttavia conferirla a società a capitale interamente pubblico (art. 113, comma 13 cit.);
- 2) le discipline di settore possono stabilire i casi in cui l'attività di gestione delle reti e degli impianti può essere separata dalla erogazione del servizio (art. 113, comma 3); qualora sia stata prevista detta separazione, per la gestione gli enti locali si avvalgono, con affidamento diretto, delle società proprietarie delle reti, di società a capitale interamente pubblico costituite allo

- scopo, oppure, mediante procedure di evidenza pubblica, di imprese idonee (art. 113, commi 13 e 4);
- 3) il conferimento della titolarità del servizio pubblico, per l'erogazione dello stesso, è affidato (art. 113, comma 5):
- a. a società di capitali²²⁶ individuate mediante l'espletamento di gare ad evidenza pubblica;
 - b. a società di capitale misto pubblico/privato, nelle quali il socio privato sia scelto attraverso gare ad evidenza pubblica;
 - c. a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulle società un controllo

²²⁶ Era diffuso in giurisprudenza un orientamento nel senso della carenza di legittimazione a ricorrere di società diverse da quelle di capitali in ragione della formulazione letterale dell'art. 113, comma 5 Tuel. In questo senso cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2005 n. 5883; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 13 aprile 2004 n. 1451; Tar Piemonte, sez. II, 21 aprile 2004 n. 311; Tar Sardegna, 11 dicembre 2003, n. 1683. Tuttavia, l'intervento della Corte di Giustizia, a far data dalla sentenza 18 dicembre 2007, C-357/06, pare aver invertito nettamente la rotta dichiarando che "l'art. 26 n. 1 e 2 della direttiva del Consiglio 92/50/CE osta a disposizioni nazionali, come quelle costituite dagli art. 113 comma 5 D.Lgs. n. 267 del 2000 [...] che impediscono ad operatori economici di presentare offerte, soltanto per il fatto che tali offerenti non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali. Il giudice nazionale, in tal caso, è obbligato a dare un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interno contraria a tali prescrizioni". L'occasione della pronuncia era stata determinata dalla ordinanza del Tar Lombardia, 16 giugno 2006, in una causa concernente la gestione del servizio pubblico locale di igiene ambientale in territorio comunale con valore superiore alla soglia di applicazione della menzionata direttiva. Recepisce questo orientamento già Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600 laddove è stata disapplicata, invece, una disposizione relativa ad un affidamento mediante concessione di lavori (e in minima parte servizi) sottosoglia in quanto la pronuncia della Corte di giustizia 357/06 cit. avrebbe enunciato un principio generale applicabile pure a fattispecie non rilevanti ai fini della direttiva interpretata (in realtà, analoga questione specificamente riferita ai principi comunitarie era stata assorbita nella sentenza). Il Consiglio di Stato riporta inoltre le osservazioni formulate in quella occasione dalla Commissione, secondo la quale "la ratio che ispira le disposizioni di diritto derivato poste dall'art. 26, nn. 1 e 2, della direttiva 92/50 in altro non può rinvenirsi che nei canoni essenziali, espressi dal Trattato, quanto meno dagli artt. 43 e 49, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, dunque della concorrenzialità, nonché in quelli che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento e non discriminazione, di proporzionalità e trasparenza [...] e di riconoscimento reciproco". Nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242. In dottrina si legga Valaguzza S., *Gli affidamenti*, cit., 91 anche, più specificamente, sulla vicenda dell'ammissibilità a partecipare delle Onlus o fondazioni.

analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Si delineava, quindi, un sistema improntato alla separazione tra la proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali, riservata all'ente locale (o trasferita da quest'ultimo a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile), e la gestione del servizio pubblico; nonché da un tendenziale accorpamento della gestione delle reti all'erogazione del servizio pubblico locale, prevedendosi la tipizzazione, ad opera della normativa di settore, dei casi in cui le suddette attività potevano, invece, essere eccezionalmente disgiunte.

Ma, più in generale, si confermava ancora una volta la riconducibilità della disciplina dei servizi pubblici locali alla materia della tutela della concorrenza, nonostante il riconoscimento delle competenze legislative residuali²²⁷ delle Regioni in punto di servizi pubblici locali. Confermando le statuizioni già formulate con la citata sentenza n. 272/2004, la Corte ha in quell'occasione annoverato il regime transitorio statuito dalla normativa statale - e assente nell'analoga disposizione regionale - in quanto dettata al fine di consentire un complessivo equilibrio ed un progressivo adeguamento del mercato²²⁸.

Sembra però opportuno a questo proposito soffermarsi brevemente sulla interpretazione del principio di concorrenza ad opera della Corte costituzionale, poiché è alla luce di questa che devono leggersi gli sviluppi normativi successivi e le critiche ad essi relative.

²²⁷ Tenendo conto della fattispecie esaminata dalla Consulta, rientrerebbero invece tra le competenze regionali tutte le specificazioni della normativa statale che non siano incompatibili con la sua ratio. Ad esempio, tra le altre, la Corte ha salvato dalla pronuncia di incostituzionalità le disposizioni contenute nell'art. 7, comma 1, lett. b), legge regionale Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23, che statuiva il limite minimo di capitale privato da aggiudicare mediante gara al socio privato di un'istituenda società mista in misura pari al 40%. La quantificazione di partecipazione azionaria non era ancora stata recepita dalla normativa statale e proprio l'assenza di alcun limite minimo o massimo in tal senso consentirebbe al legislatore regionale di veder riespansa la propria discrezionalità, nei limiti della ragionevolezza.

²²⁸ Punto 11 della motivazione.

Sin dal 2004²²⁹, e senza approfondire in questa sede le delicate questioni inerenti al riparto di competenze tra Stato e Regioni, la Corte ha ribadito diverse volte che la definizione del principio di concorrenza, alla luce del quale interpretare l'art. 117, comma 1, lett. e) Cost., “non può non riflettere quella operante in ambito comunitario”, ed è pertanto dall'ordinamento europeo che occorre prendere le mosse.

La disciplina sulla concorrenza, difatti, si sviluppa senza dubbio sia sul piano europeo che sul piano nazionale, ma nell'alveo delle competenze dell'Unione - come si è visto nel precedente capitolo - la disciplina degli Stati membri deve necessariamente muoversi entro quei principi e quelle norme scritte appositamente dettate. Quando si tratti di concorrenza inerente ai Sieg sembra, poi, di aver chiarito che alla propensione europea per il ricorso ad un mercato libero, quale sede privilegiata degli scambi, non è possibile attribuire il

²²⁹ Nella lettura di Pettinari C., *Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *La riforma*, cit. a cura di Villata R., 409 ss. l'orientamento della Corte si sarebbe evoluto nel senso di svincolare via via il legislatore statale dal rispetto della dimensione macroeconomica dell'intervento normativo, alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza. Rientrano in un primo filone: 1) Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14, dove al punto 4 si legge che la concorrenza “non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”; successivamente 2) Corte Costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272 cit., punto 3. In un secondo momento la Consulta avrebbe superato quei limiti e si sarebbe orientata verso una indagine di stampo “oggettivo” ovvero tesa a ricomprendere tra le competenze legislative statali la definizione dell'ambito del mercato rispetto ai diversi ambiti riservati alla gestione non economica di determinate attività: spetterebbe quindi allo Stato definire ambito e disciplina di quelle attività rispetto a cui può porsi il problema dell'esistenza del mercato. In questo senso, Corte costituzionale, 14 dicembre 2007, n. 430, punto 3.2.1; Corte costituzionale, 24 luglio 2009, n. 246; Corte costituzionale, 12 febbraio 2010, n. 45, laddove si legge che “devono, pertanto, essere ricomprese in tale nozione: a) «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure antitrust; b) le disposizioni legislative «di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (citata sentenza n. 430 del 2007): si tratta, in sintesi, di misure volte ad assicurare la concorrenza “nel mercato”; c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (sentenza n. 401 del 2007): si tratta, in sintesi, di interventi mirati a garantire la concorrenza “per il mercato” (da ultimo, sentenza n. 160 del 2009)”. Si evincerebbe, in conclusione, da quest'ultima pronuncia l'esigenza definitiva che sia lo Stato a provvedere, prima di ogni altra statuizione, a determinare quale sia il mercato di riferimento e, successivamente, a farne discendere le opportune misure attuative e promozionali.

significato di una tensione obbligatoria verso quel modello quando, sulla base di valutazioni politiche tendenzialmente insindacabili, non sia reputato idoneo per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale.

Questo è, in effetti, il profilo circoscritto che preme sottolineare, poiché pare evidenziare un sistema di tutela della concorrenza dinamico e capace di adattarsi alle specificità delle attività²³⁰ all'uopo rilevanti, senza che possa delinearci una struttura definitiva e valevole per qualsiasi tipo di prestazione economicamente rilevante. Anzi, a tal proposito, era emerso altresì che quest'ultima qualificazione implica una valutazione da parte dell'ente locale²³¹ che, a monte, sia in grado di identificare un mercato di quel servizio così da riconoscere la rilevanza di una gestione del medesimo improntata a criteri di economicità. Alla luce, poi, di questa valutazione entra in gioco il diritto europeo della concorrenza a regolare le scelte successive e attinenti alla gestione del servizio medesimo affinché siano compatibili con i principi del Trattato.

Se, così, il principio di concorrenza che traspare dagli obiettivi e dalle competenze europee non può che attenere all'esito di quelle opzioni da parte dell'ente locale, si arriverà inoltre a considerare che, in generale, non esiste un "ottimo" europeo in termini assoluti, ma che per ogni singolo ambito di prestazioni di interesse economico occorrerà ricercare un "ottimo" - relativo - che costituisca la risultante della somma di forze, spesso, confliggenti tra loro. Si è già detto di come ciò sembri trovare agile conferma nelle disposizioni del Trattato che delineano, in tema di Sieg, una disciplina di divieti e deroghe da leggersi alla luce dei principi indicati dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia. Si è detto anche come questa sommatoria di norme scritte e non sembra aver dato alla luce un vero e proprio modello (pur flessibile e dinamico) di tutela della concorrenza *ad hoc*, e non anche un insieme di eccezionali deroghe ad una regola univoca e statica. Alla luce di queste considerazioni, a ragione la Corte costituzionale si affida ai dettami dell'ordinamento europeo per

²³⁰ Sempre nel senso della valutazione dell'interesse generale che vi è sotteso.

²³¹ Cui l'Unione anzitutto deputa questo compito. Cfr. Comunicazione Sieg 2000 cit..

vagliare la riconducibilità delle misure legislative statali o regionali alla materia tutela della concorrenza che emerge dal dettato costituzionale.

Si tratta quindi di delimitare il concetto di “tutela della concorrenza” considerando che, secondo quell’accezione dinamica, vi rientrano senz’altro tutte le misure funzionali alla promozione di un mercato competitivo e che, nella lettura della Corte, possono perfino estendersi sino a ricomprendere la stessa valutazione di quei dati oggettivi, afferenti ad un certo ambito/settore, che sono sottesi alla opzione fondamentale dell’ente locale.

Infatti, è senz’altro vero che l’Unione rispetto a questo profilo si dimostra piuttosto aperta ad accettare, entro i limiti dell’errore manifesto, le valutazioni dell’amministrazione nazionale titolare delle funzioni, ma è altrettanto vero che essa impone un certo grado di oggettività nella individuazione del carattere economico o meno (della gestione) dei servizi. È bene sottolineare che questa pretesa di oggettività non è affatto indice di una preferenza, poi, per un particolare modello di gestione del servizio di interesse economico. Ad ogni modo, sotto il profilo nazionale, questa valutazione è ricondotta, come si preciserà, dalla Consulta alla competenza legislativa statale di tutela della concorrenza e, quindi, di pertinenza anch’essa dello Stato.

Spetterebbe, dunque, allo Stato l’indicazione fondamentale delle opzioni a disposizione degli enti locali circa la gestione diretta o mediante terzi dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la conseguente regolamentazione dell’accesso degli operatori al mercato così come individuato e delimitato dalla legislazione nazionale: tutte le misure normative sarebbero sottoposte, poi, al vaglio di proporzionalità e ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

II. L'art. 23 bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e successive modificazioni e l'obbligo della privatizzazione dei servizi di rilevanza economica.

Le premesse appena esposte in tema di tutela della concorrenza costituiscono la necessaria chiave di lettura della riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica avviata con l'adozione dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e intervenuta col precipuo intento di dettare norme “in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”.

L'impostazione che emerge dal seguito della disposizione di cui si riferisce è diretta conseguenza, quindi, dell'intenzione del legislatore statale di dare esecuzione alla propria competenza legislativa esclusiva ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. e ai dettami del diritto europeo in materia di concorrenza nell'ambito dei Sieg.

Quanto alle modalità di gestione del servizio, la disposizione si è limitata a riprodurre il modello dell'affidamento mediante gara, il modello dell'affidamento mediante gara a doppio oggetto finalizzata alla costituzione di una società mista *ad hoc* ed il modello dell'*in house providing*. La loro collocazione tra le possibilità di scelta dell'ente locale non presenta margini di novità, se non per il vincolo normativo che pone i primi due strumenti tra le modalità di affidamento “ordinarie”, mentre l'*in house providing* viene relegato a modalità eccezionale²³² e corredato da una serie di cautele volte ad assicurare che il ricorso da parte dell'ente locale sia limitato ad ipotesi straordinarie.

²³² Per una recentissima analisi dell'evoluzione e delle ripercussioni della disciplina sull'affidamento dei servizi pubblici locali cfr. Parisio V., *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione di servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, 2012.

Una prima osservazione può già essere formulata: l'impropria assimilazione dell'*in house providing* alle modalità di affidamento ai terzi, onde sancirne l'eccezionalità, tradisce - si era già rilevato - un travisamento della posizione europea di fronte all'alternativa tra autoproduzione ed esternalizzazione. L'indifferenza per l'opzione dell'autoproduzione, *sub specie* di gestione in economia ed *in house providing*, si traduce nella norma nazionale nella delimitazione drastica della facoltà di scelta da parte dell'ente locale per il ricorso a società interamente in mano pubblica (in presenza degli altri requisiti prescritti). Ciò avverrebbe in ossequio al principio europeo della concorrenza, ma si è visto che in alcun modo questo principio sembra propendere in modo netto verso la esternalizzazione del servizio.

Questa limitazione normativa, certamente criticabile, trova però riscontro nella delimitazione della materia "tutela della concorrenza" così come si evince dalle pronunce della Corte costituzionale sopra menzionate. Spetta allo Stato adottare qualsiasi misura volta a promuovere la concorrenza, dovendosi ricomprendere in questo nucleo di norme persino la stessa individuazione di un mercato di prestazioni di interesse generale.

Se spetta allo Stato, in sostanza, la valutazione circa l'esistenza di un mercato di servizi di interesse generale, spetterà altresì allo Stato dettare tutte le misure che assicurino la massimizzazione della concorrenza che accede a quel mercato. Ciò implicherebbe, quindi, e la normativa in esame ne è ancora una volta l'esempio, che sarà lo Stato ad effettuare quella scelta fondamentale tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione che segue naturalmente alla valutazione di cui sopra e che, spetterebbe in via preferenziale, benché non necessaria, all'ente locale erogante: ciò in quanto, così sembrerebbe, secondo la lettura del legislatore statale, l'autoproduzione sarebbe in contrasto con il principio della concorrenza.

Occorre dunque arginare l'autoproduzione mediante il ricorso all'*in house providing* poiché questa opzione confligge con l'adeguata

promozione della concorrenza che le norme statali si prefiggono di garantire.

Ebbene, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, non pare condivisibile l'impostazione seguita dal legislatore statale poiché fondata sul duplice equivoco per cui 1) l'autoproduzione sarebbe idonea ad alterare negativamente il gioco della concorrenza (quando invece la esclude *in nuce*) e 2) l'Unione osterebbe alla perfetta fungibilità dei due modelli di gestione in ragione della medesima lettura di quel principio.

Questa interpretazione porta con sé il prosieguo di quella tendenza alla privatizzazione già evidente a inizio secolo, come necessario epilogo di una genuina apertura al mercato, quando invece continua ad orbitarsi nel modello interamente costruito della concorrenza per il mercato.

Senza indulgere sulle svariate problematiche che hanno occupato gli studiosi con riguardo alle modalità di affidamento diverse dalla concessione, con riguardo a quest'ultima deve osservarsi conclusivamente come il legislatore del 2008 non abbia apportato innovazioni di rilievo.

Né ai nostri fini presenta particolare interesse il successivo intervento normativo attuato con il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, successivamente convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166.

Resta in particolar modo irrisolto, date per assodate queste premesse, il dubbio relativo alla disciplina applicabile alla procedura ad evidenza pubblica necessaria per la scelta del gestore del servizio, che ci occuperà ampiamente nel prossimo capitolo.

III. L'input alla liberalizzazione nel d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168.

L'art. 23 *bis*, comma 10, cit. imponeva al Governo l'adozione di uno o più regolamenti attuativi delle previsioni legislative in particolare, alla lettera g), al fine di "limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale".

La normativa del 2008, seguita dalle modifiche dell'anno successivo, prospettava quindi una netta alternativa tra privatizzazione dei Sieg e liberalizzazione, rimettendo in prima battuta al Governo il compito di regolamentare l'opzione di fondo, ma propendendo dichiaratamente verso la seconda via quando fossero assicurate la accessibilità e l'universalità del servizio.

Con il regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 2, legge 23 agosto n. 400, il Governo intervenne con d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, rimettendo a sua volta l'opzione tra liberalizzazione e privatizzazione all'ente locale erogante. Così dispone, infatti, l'art. 2 d.p.r. 168/2010 cit. dove si legge che "gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale [...] limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità" e, di conseguenza, "liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio".

Quindi, benché restino ferme le premesse in termini di competenza legislativa, si evince la volontà di affidare all'ente, in linea con gli stessi

indirizzi europei, il compito di decidere se un'attività di interesse economico generale debba essere collocata sul libero mercato oppure possa assumere la consistenza del pubblico servizio. In questa seconda ipotesi, tuttavia, l'ente locale continua a doversi muovere entro il meccanismo della concorrenza per il mercato e, quindi, dover affidare la gestione del servizio a terzi senza poterlo assumere direttamente mediante propri uffici né, salve le condizioni eccezionali previste dall'art. 23 *bis*, ricorrere all'*in house providing*.

Anche in questa prospettiva, insomma, che sembrerebbe riconsegnare agli enti locali una competenza che norme statali avevano provveduto a "centralizzare" è inevitabile tornare all'equazione di fondo. Ovvero quella per cui la tutela della concorrenza, concetto di derivazione europea, imporrebbe di liberalizzare le prestazioni di interesse generale ovvero, quando il mercato libero risulti inadeguato, affidarle a soggetti terzi rispetto all'amministrazione mediante l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

Non possono che richiamarsi ancora una volta le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi per una lettura critica di questa impostazione.

Con riferimento alle ulteriori disposizioni regolamentari si dà conto dell'apporto di una disciplina in materia di affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica senza, tuttavia, soffermarsi sulle singole disposizioni applicabili in ragione della loro breve permanenza nell'ordinamento.

IV. I principali dubbi di legittimità costituzionale nell'assetto delineato nel biennio 2008-2010.

In data 17 novembre 2010, la Corte costituzionale è stata chiamata da alcune Regioni a pronunciarsi sull'assetto normativo in materia di servizi pubblici, in particolare (ma non solo)²³³ in quanto:

- 1) le disposizioni nazionali sarebbero illegittime sotto il profilo del diritto europeo;
- 2) sarebbero illegittimamente comprese le competenze regionali laddove la disposizione crei un mercato dei servizi pubblici locali;
- 3) anche quando le misure ivi previste fossero ascrivibili alla materia della tutela della concorrenza, non risulterebbero rispettati i canoni di adeguatezza e proporzionalità.

Quanto al primo profilo, la Corte statuisce la piena compatibilità delle disposizioni censurate passando, anzitutto, attraverso l'equiparazione della nozione di Sieg a quella di servizio pubblico a rilevanza economica²³⁴, sottolineando così la riconducibilità della pronuncia all'esecuzione dei dettami europei. Ad avviso della Corte "le due nozioni [...] assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica":

²³³ Per un'attenta disamina delle questioni sottoposte al vaglio della Corte si veda Pettinari C., *Le questioni*, cit. 386 ss.

²³⁴ Si legge al punto 6.1 che "emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di Sieg, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno «contenuto omologo», come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 272 del 2004. Lo stesso denunciato comma 1 dell'art. 23 *bis* del decreto legge n. 112 del 2008 - nel dichiarato intento di disciplinare i «servizi pubblici locali di rilevanza economica» per favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti «gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» - conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai Spl di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di «servizi di interesse generale in ambito locale» di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria".

se ne desume, ancora una volta, il convincimento che l'Unione correli la nozione di Sieg ad un obbligo di esternalizzazione della loro gestione, da che deriverebbe unicamente la necessità di cogliere il significato delle ipotesi in cui questa regola possa subire eccezioni.

A questo proposito la Corte riscontra che l'opzione nazionale certamente si colloca entro i limiti riconosciuti dal diritto sovranazionale poiché “a) la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale; b) lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei Spl ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto”. La premessa di cui sopra, difatti, porta con sé tali deduzioni consequenziali dal momento che, come già mostrato, l'interesse europeo per simili fattispecie interviene laddove sia configurabile un mercato e si traduce in regole dal contenuto negativo che lasciano agli Stati membri il potere di coprire gli spazi sprovvisti di apposita disciplina. Quando questo intervento ad opera del diritto nazionale si traduca in misure²³⁵ che limitino rispetto al diritto europeo le eccezioni alla messa in gara del servizio non sarebbe possibile parlare di deroghe *contra jus*, bensì di disposizioni che garantiscono un più elevato livello di tutela ai valori prescritti dal Trattato. Altra conseguenza discendente dalle premesse già note e ribadite dalla Consulta risiede in

²³⁵ Come, nella lettura della Corte, sarebbe ad esempio la previsione del limite minimo di percentuale del 40% di partecipazione del capitale privato alla società mista. Tale specificazione, assente nelle disposizioni europee, ne asseconderebbe la ratio ispiratrice volta a garantire che l'ingresso di soggetti privati nella gestione dei Sieg sia sufficientemente qualificata affinché si possa derogare al divieto dell'affidamento diretto del servizio. Si legge al punto 6.1 che “tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, come sopra ricordato, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue, anche in questo caso, la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria”. Il diritto europeo, va ricordato, non qualifica la società mista quale modalità di affidamento diretto del servizio poiché, l'imposizione della gara c.d. a doppio oggetto per la scelta del socio, che contenga altresì tutti i termini essenziali dell'affidamento, soddisfa appieno l'esigenza della procedura competitiva.

ciò: quando l'autoproduzione²³⁶ sia l'eccezione alla regola generale della gestione, l'*in house providing* costretto entro limiti più angusti rispetto a quelli delineati dal diritto europeo non potrà che essere compatibile col medesimo²³⁷.

Quanto al secondo ordine di censure, la Corte conferma la lettura della materia "tutela della concorrenza" così come specificata negli anni precedenti. Le misure normative sull'affidamento dei servizi pubblici locali ineriscono direttamente alla tutela e promozione della concorrenza e, pertanto, prevalgono su quelle regionali o regolamentate dagli enti locali. A quest'ultimo proposito, senza riprodurre concetti già espressi, preme sottolineare unicamente come ancora una volta la Corte attraverso un percorso logico - che muove dal mezzo (modalità di affidamento a terzi) al fine (tutela della concorrenza) - giunge a ritenere che, poiché le norme che regolano l'affidamento di *Sieg* rendono necessario l'espletamento della procedura comparativa, esse realizzano la tutela della

²³⁶ Al punto 6.2 la Corte conferma la posizione del legislatore rammentando che "già l'art. 35 della legge n. 448 del 2001, nel sostituire l'art. 113 TUEL, aveva escluso per i servizi pubblici locali «di rilevanza industriale» [...] ogni gestione diretta, in economia oppure tramite aziende speciali, da parte dell'ente pubblico. Lo stesso art. 35, al comma 8, aveva altresì imposto alle aziende speciali esistenti di trasformarsi in società di capitali entro il 31 dicembre 2002. L'esclusione della gestione diretta non è dunque innovativamente disposta, ma solo mantenuta, dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, con la conseguenza che il denunciato contrasto con la Carta [europea dell'autonomia locale, cui la Corte non riconosce valore precettivo] non è ipotizzabile rispetto alle norme censurate, ma solo, eventualmente, rispetto ai suddetti non censurati artt. 35 della legge n. 448 del 2001 e 14 del decreto-legge n. 269 del 2003". Qui correttamente si riferisce al fenomeno dell'azienda speciale, volutamente escluso dalle modalità di affidamento di servizi pubblici a rilevanza economica da apposita normativa nazionale, ma come esposto ampiamente nel primo capitolo non può condividersi lo stesso assunto con riguardo alla gestione in economia in quanto mai esplicitamente dichiarata espunta o incompatibile con il nuovo (dal 2002) sistema delle modalità di affidamento. Si tratta, in effetti, di un'autolimitazione nazionale, che pertanto necessita di una presa di posizione esplicita.

²³⁷ Così, sempre al punto 6.1: "siffatte ulteriori condizioni, sulle quali si appuntano particolarmente le censure delle ricorrenti, si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica. Ciò comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano. Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta - e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato -, ma neppure si pone in contrasto - come sostenuto, all'opposto, dalle ricorrenti - con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri".

concorrenza, che nel senso europeo del concetto esige la messa in gara degli stessi.

Quanto, infine, al terzo ordine di censure, la Corte riconosce che le norme statali superano senz'altro il vaglio della proporzionalità ed adeguatezza²³⁸, senza tuttavia affrontare puntualmente il tema degli effetti prodotti dalle disposizioni contestate. La Corte, osserva infatti che “una volta ricondotta una norma nell'ambito della «tutela della concorrenza», [...] occorre [...] accertare se [...], la disposizione sia strumentale ad eliminare limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale”, ma senza sconfessare il convincimento espresso più volte e secondo cui non spetta al giudice delle leggi “valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali in materia: stabilire cioè se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato, da postulare misure di tutela della concorrenza, tali da trascendere l'ambito regionale”²³⁹.

Quello che invece non può sottrarsi al sindacato di costituzionalità è il fatto che i vari “strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”. Quindi, il sindacato di legittimità si deve estendere fino a coprire unicamente le intenzioni normative che il legislatore si prefigge di realizzare mediante certi strumenti: non occorre indagare che questi strumenti siano effettivamente, e in che misura, incisivi sulla realizzazione o promozione della concorrenza, essendo sufficiente che in una dimensione potenziale non si pongano in modo (palesamente) irragionevole rispetto all'obiettivo primario²⁴⁰.

²³⁸ Vaglio che, nell'evoluzione giurisprudenziale cui si è fatto cenno, sembrava essere recessivo. Cfr. Pettinari C., *Le questioni*, cit., 424 secondo il quale, benché incentrato sulla complessiva previsione legislativa anziché sulla specifica misura, il controllo sulla proporzionalità torna così a caratterizzare il vaglio di legittimità costituzionale.

²³⁹ Cfr. Corte costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14; Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272. Cfr. sul punto Trimarchi Banfi F., *La gestione*, cit., 357.

²⁴⁰ Nella fattispecie, la Corte al punto 8.1 conferma la ragionevolezza delle disposizioni censurate relativamente ai limiti imposti per il ricorso all'*in house providing* proprio guardando al contemperamento degli interessi cui il legislatore statale aspirerebbe. Si legge che “il

Questi i principali dubbi di legittimità costituzionale sollevati e sciolti dalla Consulta nei termini, pur sinteticamente, esposti che torneranno utili a breve per comprendere le posizioni assunte dalla Corte medesima rispetto alle vicende normative successive in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

V. I quesiti referendari tra il vaglio della Corte costituzionale ed il fraintendimento popolare.

A breve distanza dalla pronuncia che aveva praticamente fugato tutti i maggiori dubbi sulla normativa statale in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica veniva depositato, tra gli altri, un quesito referendario volto ad interrogare la volontà popolare circa l'integrale abrogazione dell'art. 23 *bis* cit. nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325/2010 della Corte costituzionale.

Quest'ultima si è pronunciata sull'ammissibilità del quesito predetto con sentenza del 26 gennaio 2011, n. 24, avendo cura di precisare i limiti e la portata di una eventuale abrogazione referendaria della normativa in esame. Quanto al primo profilo, basti qui riportare l'unica

bilanciamento tra tali interessi (cioè quello generale alla tutela della concorrenza e quello specifico degli enti locali a gestire il Spl (tramite l'affidamento *in house*) nell'ipotesi in cui sia «efficace ed utile» il ricorso al mercato e non solo quando esso non sia possibile”) è stato attuato, in concreto, in modo non irragionevole, per un verso, consentendo alle società a capitale (interamente o parzialmente) pubblico, quando non ricorrano le condizioni per l'affidamento diretto, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio, al pari di ogni altro imprenditore o società (comma 1 dell'art. 23-*bis*); per altro verso, limitando l'affidamento *in house* alle ipotesi in cui, pur in presenza di un Spl di rilevanza economica, il ricorso al mercato per la gestione del servizio non è «efficace e utile»”. Osserva Pettinari C., *Le questioni*, cit., 425, che la Corte muove dalla considerazione che, quello indicato dal legislatore, sia “tra i molti possibili”, solo “un punto di equilibrio” tra le contrapposte esigenze e che sia stato ricavato dal legislatore in “modo non irragionevole”. Tale punto di equilibrio non si pone come necessitato né sotto un profilo costituzionale né sotto un profilo europeo, quindi può essere spostato dallo stesso legislatore come, così sarà, dalla volontà popolare referendaria.

considerazione dirimente²⁴¹ ai fini dell'ammissibilità del referendum ovvero la non incidenza del quesito su assetti normativi imposti dal diritto europeo né dalla carta costituzionale: diversamente, la violazione dei limiti di cui all'art. 75, comma 2, Cost. avrebbe costituito ostacolo insuperabile. Difatti, tra i limiti richiamati vanno annoverati anche quelli impliciti derivanti dall'obbligo di recepimento ed osservanza del diritto europeo e che vengono in rilievo nella fattispecie²⁴².

Quanto, invece, al secondo profilo²⁴³, la Corte rassicura che l'abrogazione dell'art. 23 *bis* cit., non comporterà alcuna reviviscenza della normativa precedente né darà luogo ad un vuoto normativo inammissibile per il diritto europeo poiché l'abrogazione referendaria avrebbe determinato, anzi, la riesplorazione della disciplina sovranazionale "relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica"^{244 245}.

²⁴¹ Già, peraltro, formulata nella citata sentenza 325/2010.

²⁴² Così testualmente la disposizione costituzionale citata: "Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali". Senza affrontare in questa sede le annose dissertazioni in ordine ai rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale, basti qui richiamare l'evoluzione giurisprudenziale essenziale ai nostri fini. A far data dalla sentenza del 2 febbraio 1990, n. 64, la Corte ha riconosciuto l'esistenza dei limiti imposti dal diritto europeo impliciti nel richiamo alle disposizioni internazionali menzionate dalla norma. In questo senso numerose sentenze successive a quella menzionata: ad esempio, Corte costituzionale, 4 febbraio 1993, n. 28; Corte costituzionale, 10 febbraio 1997, n. 36, laddove precisa che il contrasto non è configurabile quando l'abrogazione referendaria colpirebbe "non norme la cui esistenza ed il cui contenuto siano imposti da obblighi assunti dallo Stato italiano per effetto di trattati internazionali che non lascino alcuno spazio per scelte discrezionali riguardanti l'attuazione, sì che l'abrogazione di esse comporti necessariamente una responsabilità dello Stato italiano nei confronti degli altri contraenti per violazione del trattato"; nello stesso senso Corte Costituzionale, 7 febbraio 2000, n. 45.

In dottrina cfr. per tutti, Cassese S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, 1 ss. e Sorrentino F., *La Costituzione europea*, 31, entrambi in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti M.P. - Greco G., Milano, 2007.

²⁴³ Senza che il vaglio del quesito possa costituire occasione per una valutazione di legittimità *ex ante* della normativa vigente dopo l'eventuale abrogazione.

²⁴⁴ Il passaggio che si legge al termine del punto 4.2.2 della motivazione, potrebbe suggerire una contraddizione da parte della Corte che, ammettendo la diretta applicabilità delle regole e principi europei in materia, sembrerebbe sconfessare la doverosità - recepita dal diritto interno - del ricorso all'affidamento a terzi che discenderebbe proprio dal diritto europeo. A ben guardare, però, è proprio la lettura sottesa ai principi europei che impedisce di ravvisare incoerenza nelle conclusioni della Corte, poiché la doverosità dell'esternalizzazione, sarebbe insita (e non rimessa al filtro del recepimento nazionale) in quelle norme che verrebbero ad applicarsi qualora il referendum avesse esito abrogativo.

La Corte conferma, in questo modo, un orientamento giurisprudenziale pressoché costante circa la definitività dell'abrogazione di norme intervenuta per mano del legislatore, da che conseguirebbe l'impossibilità di ripristinare lo *status quo ante* per effetto di una successiva abrogazione referendaria che abbia ad oggetto quelle disposizioni vigenti e abrogative di altre precedenti.

Senza che sia possibile né pertinente in questa sede dare conto delle copiose ed autorevoli opinioni dottrinarie su concetto ed effetti dell'abrogazione normativa²⁴⁶, dalla pronuncia esaminata sembrerebbe in sintesi desumersi un principio generale²⁴⁷ per cui, a prescindere dalla fonte - legislativa o referendaria -, una volta espunte dall'ordinamento quelle disposizioni esauriscono definitivamente i propri effetti²⁴⁸ così da impedire l'automatica reviviscenza del precedente quadro normativo.

²⁴⁵ Cfr. punto 4.2.2 in motivazione ove precisamente la Consulta è chiamata a valutare se il venir meno di quello precedente possa dare luogo a vuoti che comportino *ex se* “un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale [...] o di una norma comunitaria direttamente applicabile”.

²⁴⁶ Sorrentino F., *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 12; Pugliatti S., *Abrogazione* (voce), in AA.VV., *Encicl. Dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 142; Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, t. 1, Milano, Giuffrè, 1998, 206.

²⁴⁷ In termini di volontà meramente abrogativa qual è tipicamente, ma non solo, quella referendaria.

²⁴⁸ O per alcuni (Sorrentino) si tratterebbe di un effetto di delimitazione cronologica dell'efficacia di norme divenute incompatibili con la nuova volontà normativa.

Cfr. nel senso espresso nel testo la sentenza della Corte costituzionale, 24 gennaio 2012, n. 13, punto 5.2 dove si legge che “la tesi della reviviscenza di disposizioni a séguito di abrogazione referendaria non può essere accolta, perché si fonda su una visione «stratificata» dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti. Ove fosse seguita tale tesi, l'abrogazione, non solo in questo caso, avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario, e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto [...]”. Ad avviso della Corte la reviviscenza è fenomeno eccezionale che, per esempio, può ricorrere “nel caso di norme dirette a espungere disposizioni meramente abrogatrici, perché l'unica finalità di tali norme consisterebbe nel rimuovere il precedente effetto abrogativo”, ma (e poiché la Corte istituisce un parallelo con lo strumento referendario proprio negando la riconducibilità del referendum esaminato ad un'ipotesi di tal genere) non si tratterebbe di ipotesi ravvisabile nel caso in esame poiché l'art. 23 *bis* cit. non può essere ritenuto meramente abrogativo delle disposizioni precedenti e incompatibili, avendo introdotto un'apposita disciplina in materia.

Proseguendo, la Corte precisa poi in termini generali che “la volontà di far «rivivere» norme precedentemente abrogate, d'altra parte, non può essere attribuita, nemmeno in via presuntiva, al referendum, che ha carattere esclusivamente abrogativo, quale «atto libero e sovrano di legiferazione popolare negativa» (sentenza n. 29 del 1987), e non può «direttamente costruire» una (nuova o vecchia) normativa (sentenze nn. 34 e 33 del 2000). La finalità incorporata in una

Basti in questa sede - poiché tornerà utile in seguito - considerare che la Corte non ha mancato di osservare²⁴⁹ come da quella espressione derivino inoltre, non solo divieti alla riproduzione di disposizioni identiche, quanto limiti desumibili dalla incompatibilità tra la *ratio* delle norme abrogate e quelle successivamente adottate. È difatti possibile ed inevitabile la lettura della volontà popolare attraverso l'unico filtro della *ratio* oggettivamente sottesa alle norme abrogate²⁵⁰.

Resta, infine, da formulare un'ultima considerazione quanto alla conseguente diretta applicabilità delle disposizioni europee: la normativa di riferimento, infatti, è tutt'altro che organica, essendo composta unicamente di principi informativi il cui significato è rimesso alla lettura interpretativa della giurisprudenza sulla quale si tornerà diffusamente nel prossimo capitolo. Qui basti precisare che, se le premesse da cui si è partiti sono in linea con il diritto europeo, la riesplorazione della sua portata implicherà l'abbattimento di quegli argini auto-imposti dal legislatore nazionale circa l'alternativa possibile tra esternalizzazione ed

richiesta referendaria non può quindi andare oltre il limite dei possibili effetti dell'atto": gli effetti di un referendum abrogativo non potrebbero essere tali da implicare una manifestazione di volontà positiva e, quindi, essere «surrettiziamente propositivo» (sentenze n. 28 del 2011, n. 23 del 2000 e n. 13 del 1999): un'ipotesi non ammessa dalla Costituzione, perché il referendum non può «introdurre una nuova statuizione, non ricavabile *ex se* dall'ordinamento» (sentenza n. 36 del 1997)".

²⁴⁹ A far data dalla sentenza della Corte costituzionale, 17 maggio 1978, n. 68, il concetto è stato espresso chiaramente dalla Consulta che ha riconosciuto che la portata della pronuncia referendaria non possa limitarsi alle disposizioni ma debba estendersi fino alle norme di cui le disposizioni medesime sono espressione. Così testualmente al punto 3 "gli atti o i disposti legislativi indicati in ciascuna richiesta non sono altro che il mezzo per individuare una data normativa, sulle sorti della quale gli elettori vengono in effetti chiamati a pronunciarsi. Se così non fosse, la stessa riproduzione integrale dei contenuti di una legge preesistente, operata da una legge nuova, basterebbe a precludere l'effettuazione del referendum già promosso per l'abrogazione della prima di queste due fonti", pertanto "il tema del quesito sottoposto agli elettori non è tanto formato [...] dalla serie delle singole disposizioni da abrogare, quanto dal comune principio che se ne ricava". La Corte finisce quindi per precisare che il referendum abrogativo estende i suoi effetti altresì a quelle norme che siano state successivamente adottate "senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti".

²⁵⁰ Senza che si possa né fermarsi alle sole formulazioni linguistiche impiegate né basarsi sulle memorie e dichiarazioni rese dai soggetti interessati ed interventori nel giudizio. Così anche esplicitamente la sentenza in esame al punto 5.2 dove si legge che "l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori [...] ma esclusivamente dalla finalità <<incorporata nel quesito >>, cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento".

autoproduzione del servizio, oltre che quelli di “dettaglio” in tema di *in house providing*.

VI. L'esito referendario e la volontà legislativa successiva: la somma di più fraintendimenti.

È noto come la volontà popolare sia stata spinta alle urne dal proliferare di slogan aventi come minimo comune denominatore quello di propugnare una battaglia avverso norme che imponessero “la privatizzazione dell’acqua”. E ciò sebbene, naturalmente, fosse chiaro che l’art. 23 *bis* non pretendesse in alcun modo di statuire o promuovere un diritto di proprietà privata del bene pubblico acqua, ma unicamente improntare alla privatizzazione l’affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (compreso il servizio idrico integrato).

Può ragionevolmente ritenersi che l’esito abrogativo²⁵¹ del referendum sia in effetti il frutto di questo chiaro fraintendimento circa la portata delle norme che formavano oggetto dei quesiti posti, senza che ciò tuttavia possa avere alcuna influenza sul vaglio di ammissibilità da parte della Corte.

Con queste premesse occorre addentrarsi, senza pretese di esaustività e soprattutto alla luce delle vicende successive, nella produzione normativa intervenuta successivamente alla presa d’atto della volontà referendaria composta essenzialmente da:

- 1) art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148) sotto la rubrica “Adeguamento

²⁵¹ Dichiarato dal d.p.r. 18 luglio 2011, n. 113, che prende atto della volontà popolare di abrogazione dell’art. 23 *bis* cit. nonché di tutte le disposizioni attuative del medesimo tra cui, in primis, il regolamento governativo 168/2010 cit.

della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea”;

- 2) art. 9, l. 12 novembre 2011, n. 183, dal titolo “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”, nota anche come “legge di stabilità 2012”;
- 3) art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. Cresci Italia) convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

La prima delle disposizioni citate costituisce il *corpus* di scelte normative sul quale via via sono intervenute quelle successive, che hanno avuto lo scopo precipuo di assicurare il miglior perseguimento delle finalità enunciate dal legislatore all'indomani dell'abrogazione referendaria.

In tal senso si dà subito conto del fatto che l'obiettivo di massima che emerge dal testo dell'art. 4, già nella sua formulazione originale, risiede nella volontà di dar corso alla liberalizzazione dell'intero settore dei servizi di interesse economico generale, salvi i casi in cui il mercato aperto non sia in grado di assicurare l'universalità e l'accessibilità del servizio. Spetta, infatti, all'ente locale verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici a rilevanza economica liberalizzando, come regola, tutte le attività economiche. L'eccezione alla regola è prevista e consiste nella privatizzazione della gestione mediante il ricorso all'affidamento a terzi selezionati attraverso procedura ad evidenza pubblica: la scelta spetta sempre all'ente locale erogante, che ne deve dare conto attraverso l'adozione di un'apposita delibera da cui emergano le ragioni del fallimento del mercato tali da giustificare l'impiego del modello ibrido di concorrenza per il mercato. Le disposizioni sono diverse, molto articolate e di non facile lettura, considerata la stratificazione di interventi da parte del legislatore, eppure dal quadro emerge un'idea precisa e che è sostanzialmente riprodotiva dell'assetto previgente.

È innegabile la maggiore spinta verso la liberalizzazione di ciascun settore che non sia appositamente escluso²⁵² dalle disposizioni citate, ma al di là delle critiche di fondo che si diranno, resta fermo che l'unica alternativa possibile in tal senso sia costituita dalla privatizzazione, mentre l'autoproduzione sia relegata unicamente all'*in house providing* a sua volta costretto entro limiti ancora più angusti rispetto al passato.

Nonostante il corredo di disposizioni che accompagnano le intenzioni del legislatore, non può che essere evidente l'identità²⁵³ dell'assetto di fondo, dal che i dubbi di legittimità costituzionale avanzati da diverse Regioni alla Corte costituzionale su cui si tornerà a breve.

Al momento basteranno poche osservazioni, utili a richiamare concetti già espressi e a, mostrare, di conseguenza, l'immutabilità del convincimento del legislatore nazionale di muoversi, con queste scelte, entro i dettami del diritto europeo. Proprio la rubrica dell'art. 4 d.l. 138/2011 enuncia l'intenzione di adeguamento non solo alle risultanze referendarie bensì pure alla normativa europea. Ancora una volta, quindi, il legislatore nazionale, si riferisce a quei parametri per giustificare l'imposizione di modelli organizzativi all'ente locale sulla scorta della convinzione che in ciò si sostanzia la tutela della concorrenza per il diritto europeo. Ma questo, si è visto, non corrisponde al vero né quando si tratti di obbligo ad esternalizzare né, per le stesse ragioni, quando si imponga un ricorso al libero mercato (e fatta salva la regolazione pubblica di quegli ambiti). Al di là della scarsa consistenza di quest'ultima imposizione, si ricorderà che lungo la ricostruzione effettuata nel precedente capitolo era emersa una chiara incompatibilità tra il concetto del libero mercato e gli obblighi di servizio pubblico che necessariamente caratterizzano in concetto di servizio pubblico di rilevanza economica. È l'Unione europea

²⁵² Al comma 34 ritroviamo, difatti, non solo l'esclusione del servizio idrico, ma anche quella relativa a) al servizio di distribuzione del gas naturale, di cui al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (in cui, tra l'altro, non è previsto l'*in house*, ai sensi dell'art. 14 del medesimo decreto); b) al servizio di distribuzione dell'energia elettrica; c) al servizio di trasporto ferroviario regionale; d) alla gestione delle farmacie comunali.

²⁵³ Volpe C., *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in www.giustizia-amministrativa.it.

ad ammettere che laddove sussistano determinate esigenze antieconomiche, l'amministrazione possa sottrarre al gioco della concorrenza certi servizi ed optare per una gestione diretta dei medesimi o per una gestione a mezzo di soggetti terzi cui addossare quegli adempimenti non remunerativi che si rendono necessari per il perseguimento degli interessi pubblici sottesi a quel servizio.

Quindi, nuovamente frainteso il diritto europeo della concorrenza non paiono così giustificabili secondo quel parametro le misure introdotte con le disposizioni citate. Occorre senz'altro riconoscere che esse siano, oramai pacificamente, da ricondursi alla materia di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., ma resta da verificare se la competenza esclusiva statale si sia mossa correttamente entro i limiti imposti dal secondo parametro di riferimento ovvero dalla volontà popolare riconducibile al referendum del 2011.

VII. Il vaglio di legittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 138/2011 e successive modificazioni.

In seguito all'emanazione del d.l. 138/2011, diverse Regioni hanno presentato ricorso alla Corte costituzionale adducendo una censura comune alla normativa di cui si è appena detto e, cioè, che la medesima sia stata adottata in violazione del divieto di ripristino di norme abrogate a mezzo di referendum di cui l'art. 75 Cost. è espressione.

Prima di entrare nel merito della pronuncia, tuttavia, si ritiene interessante svolgere qualche breve considerazione in punto di rito e, in particolare, sulla questione della legittimazione regionale ad adire nuovamente la Consulta, con l'unico intento di mostrare la ferma volontà della stessa di sindacare le scelte legislative predette.

La Corte, anzitutto, ritiene legittimate le Regioni ricorrenti sotto il profilo della potenziale lesione delle proprie competenze *ex art. 117 Cost.* dal momento che, seguendo un orientamento oramai consolidato²⁵⁴, reputa che, qualora dalla violazione denunciata possa derivare anche solo potenzialmente un *vulnus* alle attribuzioni costituzionali delle Regioni, queste siano legittimate ad adire la Corte attraverso un'impugnazione in via principale delle norme contestate. Nella specie, difatti, la Consulta ritiene che le ricorrenti abbiano giustificato la propria legittimazione dimostrando che, attraverso l'abrogazione del 23 *bis* cit. che limitava la possibilità di ricorrere all'*in house providing*, si sarebbero riespanse le competenze residuali delle Regioni nonché quelle regolamentari degli enti locali in materia che, successivamente, sarebbero state indebitamente comprese dalla nuova normativa impugnata²⁵⁵.

Ebbene, dalla lettura della pronuncia non pare in alcun modo revocata in dubbio la riconducibilità della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla materia della concorrenza, *ex art. 117 comma 2 lett. m) Cost.*, da che conseguirebbe l'esclusiva competenza statale nel dettare la normativa applicabile in materia senza che ciò, almeno per i servizi economicamente rilevanti, possa considerarsi lesivo di alcuna delle competenze delle Regioni ovvero degli enti locali (artt. 116 e 118 Cost). Se questa è la premessa, per nulla intaccata dalla abrogazione referendaria, occorre domandarsi quale sia l'ambito delle attribuzioni costituzionali regionali che siano invase dalla normativa reintrodotta con l'art. 4 d.l. 138/2011, sostanzialmente - afferma la Corte - ripetitiva della normativa contenuta nell'abrogato art. 23 *bis* d.l. 112/2008 e s. m..

²⁵⁴ Cfr. Corte costituzionale, 1 ottobre 2003, n. 303, punto 33, e Corte costituzionale, 16 febbraio 2012 n. 22 dove espressamente si legge che sono "ammissibili le questioni di legittimità costituzionale prospettate da una Regione, nell'ambito di un giudizio in via principale, in riferimento a parametri diversi da quelli, contenuti nel Titolo V della Parte seconda della Costituzione, riguardanti il riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni, quando sia possibile rilevare la ridondanza delle asserite violazioni su tale riparto e la ricorrente abbia indicato le specifiche competenze ritenute lese e le ragioni della lamentata lesione (*ex plurimis*, sentenze n. 128 del 2011, n. 326 del 2010, n. 116 del 2006, n. 280 del 2004)"; cfr. altresì Corte costituzionale, 5 aprile 2012, n. 80.

²⁵⁵ Punto 5.1 in motivazione.

Il dubbio, quindi, si incentra proprio sulla legittimazione ad agire delle Regioni che, ferma restando la giurisprudenza citata, non pare che possano vedere “riespansa” alcuna competenza legislativa per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 4 cit..

Nessuna competenza, se non residuale, veniva riconosciuta loro sulla base dell’abrogato 23 *bis* cit. e, pertanto, pare lecito domandarsi quale competenza possa ritenersi lesa oggi che, il contenuto dell’art. 23 *bis* è stato sostanzialmente riprodotto nell’art. 4 cit. Nella specie, ci si chiede, potrebbe forse venire in rilievo quella giurisprudenza della Corte Costituzionale che ravvisa nelle Regioni una sorta di legittimazione ad agire “speciale” qualora la domanda di legittimità sia volta a proteggere le attribuzioni degli enti locali che, come noto, ne sono sprovvisti.

In effetti, un possibile seppure implicito richiamo a quella giurisprudenza potrebbe ravvisarsi proprio al punto 5.1 della motivazione, laddove in tre momenti la Corte fa riferimento alla delimitazione, per effetto del 23 *bis* cit., degli ambiti di competenza legislativa residuale delle Regioni e regolamentare degli enti locali. Nel richiamo alle competenze degli enti locali che, violate dalla normativa del 2011, troverebbero tutela attraverso la domanda presentata dalle Regioni starebbe l’implicito riferimento alla giurisprudenza cui si è accennato.

Eppure, anche un’osservazione di tal genere presta il fianco ad una obiezione che si fonda sulla ricostruzione del contenuto delle censure mosse dalle Regioni.

Quasi tutte hanno contestato la normativa sotto il profilo dell’illegittima compressione delle proprie (e solo quelle) competenze costituzionalmente protette a “vantaggio” degli enti locali, cui sarebbe stata indebitamente demandata una serie di potestà decisionali in materia. Ebbene, di fronte a ricorsi così formulati, sembra alquanto improbabile che le Regioni si siano fatte portatrici degli interessi degli enti locali e per questa ragione si ritorna al dubbio espresso a inizio paragrafo: se portatrici di proprie competenze costituzionalmente garantite, quali di queste effettivamente possono dirsi lese dalla normativa del 2011? E se non è

possibile trovare una risposta positiva al primo quesito, la Corte non avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi per carenza di legittimazione?

L'unico spiraglio potrebbe forse risiedere nei ricorsi presentati da Emilia Romagna ed Umbria poiché, si legge, le censure all'art. 4 sarebbero fondate sulla “[...] limitazione della capacità di scelta degli enti territoriali, suscettibile di incidere sull'autonomia riconosciuta loro in materia, arbitraria perché realizzata senza alcuna concertazione con i predetti [...]”. Se può sostenersi che almeno questi due ricorsi sono formulati al fine di sostenere ragioni degli enti locali non incompatibili con quelle delle Regioni dunque può ritenersi legittima la conseguente pronuncia sul merito del ricorso, sussistendo la legittimazione ad agire di queste ultime.

L'argomento, lo si riconosce, non pare incontrovertibile e la sua confutazione avrebbe la conseguenza di censurare senza riserve la pronuncia della Corte laddove non abbia statuito l'inammissibilità delle domande proposte.

Quanto al merito del giudizio, la pronuncia della Corte ritiene fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 cit. per violazione dell'art. 75 Cost., dal momento che ritiene così interamente riproposto nella sua sostanza il vecchio art. 23 *bis* nonché alcune disposizioni contenute nel decreto di attuazione del medesimo articolo, evidentemente abrogato a sua volta per effetto della caducazione della fonte che lo legittimava.

In particolare, ad avviso della Corte la volontà popolare avrebbe voluto liberare l'*in house* dalle strette maglie prefissate dal legislatore degli ultimi anni, al fine di renderla una modalità di affidamento equipollente rispetto alla gara ed alla gara a doppio oggetto per la costituzione di una società mista. Il legislatore, invece, seppur quale alternativa obbligata di fronte all'inidoneità del mercato alla liberalizzazione, ha sostanzialmente introdotto una gerarchia tra le

modalità di affidamento relegando l'*in house* ad ipotesi sempre più limitate.

Ma più in generale la Corte rileva l'identità di *ratio* ispiratrice delle norme predette, ciò che giustifica, come si è visto, la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni successive al referendum abrogativo che, pur modificando le disposizioni precedenti, ne mantengano inalterata la sostanza²⁵⁶.

A questo punto, resta da chiedersi quale sia l'assetto della materia all'indomani di questa pronuncia e, in particolare, quali principi informativi debbano desumersi dal legislatore che non intenda lasciar la materia dei servizi pubblici di rilevanza economica c.d. innominati sprovvista di una disciplina puntuale.

Ebbene, la lettura della Corte, pur se condivisibile nella conclusione raggiunta, può dirsi carente sotto questo profilo poiché quasi del tutto unicamente incentrata sull'argomento dell'*in house providing* quale fulcro della manifestazione referendaria. Sembrerebbero non esserci, ad avviso della Corte, ragioni per mutare gli indirizzi precedentemente espressi dalla medesima e che muovono dalla lettura del

²⁵⁶ Si osserva come sul finire del punto 5.2.2 la Corte paventi la possibilità che l'effetto utile del referendum possa essere vanificato dal legislatore successivamente intervenuto quando si verifichi un mutamento del quadro politico o delle circostanze di fatto tale da giustificarlo. In particolare, poco oltre, ribadisce la carenza nella fattispecie di "condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa": questa precisazione, che pur non assorbe le critiche possibili all'inciso riportato poco sopra, richiama un interrogativo noto circa la limitazione temporale dell'effetto preclusivo generato dal referendum. Ci si chiede cioè se si possa ricorrere all'applicazione analogica del termine di cinque anni che l'art. 38 della legge n. 352 del 1970 prevede come limite al divieto di riproposizione di richieste referendarie bocciate dal corpo elettorale. Senza indulgere oltre in questa tematica, non può però non essere evidenziata la diversità della fattispecie: la manifestazione abrogativa da parte della cittadinanza, benché valevole *ex se*, sembrerebbe assumere contenuti più pregnanti circa il divieto di ripristino. Certamente, dall'altro lato, potrebbe accogliersi un'argomentazione differente, basata sul contenuto unicamente negativo riconosciuto alla volontà referendaria. Non si potrebbe cioè ricavare dalla *ratio* dei quesiti in relazione alle norme sottoposte alla cittadinanza altro significato che non sia quello intrinseco: se così è, l'espressione della cittadinanza in un senso o nell'altro dovrebbe assumere lo stesso identico peso ai fini dell'operatività del divieto, non potendosi desumere da alcuna parte che la manifestazione abrogativa sia più "forte" di quella non abrogativa. A tal proposito, tuttavia, poiché la norma è destinata a limitare il potere vincolante dell'espressione della volontà normativa popolare potrebbe forse sostenersi che la stessa non possa essere applicata al di là dei casi espressamente contemplati dalla stessa.

diritto europeo della concorrenza, che si è mostrato di non condividere nelle sue premesse fondamentali.

Ad avviso della Corte, quindi, la volontà abrogatrice della collettività, pur se mossa dall'equivoco di fondo, non implicherebbe una "condanna" della scelta del legislatore statale di escludere la possibilità per l'ente locale di far ricorso ai propri mezzi e alle proprie strutture per assumere su di sé la gestione dei servizi in oggetto. La volontà popolare si sarebbe limitata a rifiutare che l'*in house* debba essere limitato a poche eccezionali ipotesi e non godere invece degli spazi riconosciuti dal giudice europeo, non potendosi desumere altro visto che l'alternativa tra privatizzazione e liberalizzazione è obbligata.

Ad ogni modo, se pur queste sono oggi le premesse ricavate dal giudice costituzionale, la "riespansione" del diritto europeo in materia implica una sua "genuina" operatività, legata unicamente alla interpretazione della materia da parte della Corte di giustizia che, al contrario, legittima indifferentemente il ricorso alla liberalizzazione, alla privatizzazione nonché alla gestione diretta, sotto forma di *in house providing* ovvero di gestione in economia. Ad eccezione di quest'ultima ipotesi, il diritto europeo della concorrenza interviene a disciplinare l'uso del potere di scelta da parte delle autorità nazionali con un'intensità fortemente variabile a seconda dell'opzione effettuata.

Il quadro che si è cercato di delineare nelle poche righe precedenti va, tuttavia, necessariamente letto insieme alle vicende afferenti ad altra norma, l'art. 3, commi 1 e 2, d.l. 138/2011 cit., pure esso investito da una pronuncia di legittimità costituzionale del 20 luglio 2012, n. 200.

Ai sensi del primo comma della disposizione citata, "Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è

espressamente vietato dalla legge²⁵⁷ e ciò costituirebbe principio fondamentale di tutela della concorrenza tra imprese²⁵⁸.

La disposizione, impugnata contestualmente a quella dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 199/2012 appena esaminata, è stata ritenuta legittima dalla Consulta in quanto il legislatore statale, nell'esercizio della propria competenza in materia di concorrenza avrebbe enunciato un principio generale di liberalizzazione delle attività economiche che non determinerebbe in alcun modo l'invasione delle competenze regionali paventata dalle ricorrenti.

Ad avviso della Corte, un principio di tale natura necessita, invece, dell'intervento regolatore delle amministrazioni competenti al fine di consentirne la piena attuazione, avendo cura unicamente di limitare le eccezioni alla nuova regola a quelle espressamente elencate all'art. 3, comma 1 cit.. La regolazione sarebbe lo strumento necessario ed obbligatorio cui fare ricorso per mantenere un assetto delle attività economiche tale da "garantire, tra l'altro - oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica - , in particolare la tutela della sicurezza, della libertà umana, a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica come l'art. 41 Cost. richiede".

Quindi, procede la Corte, eventuali restrizioni derivanti dall'esercizio di questo potere/dovere di regolazione devono trovare puntuale giustificazione "in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore statale ha elencato all'art. 3 comma 1"²⁵⁹.

²⁵⁷ E, si specifica, nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica.

²⁵⁸ Così al comma 2.

²⁵⁹ Punto 7.3 della motivazione.

Come si colloca la sopravvivenza di questa disposizione nel contesto della non-disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che, invece, ammette - in linea con il diritto europeo - di far ricorso a strumenti che comprimano la libera iniziativa privata anche in ipotesi diverse da quelle elencate dal legislatore statale?

Un primo argomento in favore dell'esclusione di questa speciale tipologia di attività economiche dall'obbligo (per Stato, Regioni ed enti locali) nascente dalle disposizioni citate sembrerebbe proprio risiedere nella pronuncia della Corte. Infatti, anzitutto, la Corte ha fatto salve le eccezioni alla liberalizzazione che siano legate ad interessi di rango costituzionale: tali sono certamente i principi europei desumibili direttamente dal Trattato o da altre disposizioni ovvero dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, evidentemente, riconoscono come legittima - al punto da giustificare "aggiustamenti" del diritto europeo della concorrenza - la sottrazione al mercato di talune attività economiche quando ciò sia necessario per il perseguimento di interessi generali. Il diritto europeo, tra l'altro, non solo offre una giustificazione, ma colloca i Sieg tra gli strumenti di attuazione di valori europei essenziali che, almeno nelle intenzioni, esulano dalla dimensione economica delle attività che ne formano oggetto. La primazia del diritto europeo e la lettura combinata dell'interpretazione sovranazionale dei Sieg con l'art. 117, comma 1 Cost., sembra che costituiscano un primo argomento a favore dell'ipotesi suesposta.

Altro argomento sembra trarsi ancora una volta dalla pronuncia della Corte, laddove²⁶⁰ - all'atto di esplicitare la portata del principio di liberalizzazione - afferma che esso "prelude a una razionalizzazione della regolazione che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale". Il richiamo al disposto dell'art. 41 Cost. pare evidente: la Corte sembrerebbe così fare

²⁶⁰ Sempre al punto 7.3 cit., sebbene in una delle ultime battute.

salvi i limiti costituzionali all'attività economica tra cui senz'altro si collocano quelli attinenti alla erogazione e gestione dei servizi pubblici locali e che trovano, in seguito alla pronuncia precedente, fondamento in una normativa (disorganica ma coerente) di rango europeo. La regolazione necessaria ad attuare il programma di liberalizzazione "a tappeto" non potrebbe anche per questa ragione interferire con l'attuale assetto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'ultimo argomento si ricaverebbe invece proprio dall'art. 3, comma 11 *bis*, in termini di restrizioni all'accesso all'attività economica da eliminare attraverso la regolazione: la disposizione contiene un esplicito riferimento alla direttiva servizi 2006/123/CE che, come si era mostrato nel precedente capitolo, ricomprende nel suo ambito applicativo pure i *Sieg*.

Il richiamo operato dalla normativa statale è strumentale a talune tipologie specifiche di limiti all'accesso, ma consente di ipotizzare un riferimento più generale ai principi enunciati in quella direttiva che, come noto, sono già stati recepiti dal legislatore nazionale con il decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59. La normativa di recepimento esclude esplicitamente i servizi di interesse economico generale dall'ambito applicativo della stessa, eppure non è così per la direttiva europea che, invece, in più punti vi fa riferimento. Si era però osservato come, dal combinato disposto di alcune di quelle norme europee si ricavasse un quadro sostanzialmente in linea con quello già desumibile dall'esame dell'art. 106 TFUE: i servizi di interesse economico generale sono senz'altro attività economiche annoverabili nella categoria generale dei servizi cui la direttiva si riferisce, ma il principio di liberalizzazione che in primo luogo scaturisce da quelle disposizioni europee incontra un limite nella missione perseguita dai soggetti esercenti quelle attività di interesse generale che, nel rispetto dei noti principi di proporzionalità e adeguatezza, possono ben essere sottratte anche alle disposizioni di liberalizzazione espresse da quella direttiva.

VIII. *Conclusioni e prospettive normative.*

Possono a questo punto trarsi le fila del discorso prima di dare conto dei recentissimi interventi normativi in punto di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Quanto al principio di liberalizzazione enunciato dall'art. 3 cit. e dichiarato legittimo dalla Corte costituzionale, pare che non possa di per sé alterare il quadro finora delineato poiché, se anche una valida propensione in questo senso vi fosse, non presupporrebbe l'adempimento di un obbligo generale ed indiscriminato, ma la scelta puntuale indirizzata cioè a particolari categorie di servizi pubblici o, meglio, ad ambiti di attività ad essi riferibili. Ne seguirebbe, in quegli spazi rimessi così al libero mercato l'obbligo per il legislatore competente ad intervenire attraverso lo strumento della regolazione in modo da assicurare le finalità predette ed organizzare in modo razionale l'esercizio di quelle attività economiche.

Pare essersi determinato in questo senso anche il legislatore intervenuto da ultimo in materia attraverso l'art. 34, comma 13, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179²⁶¹, laddove si prescrive che: “per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le

²⁶¹ Convertito (oggi al comma 20 dell'articolo) con modifiche dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

compensazioni economiche se previste”. Emerge²⁶², quindi piena libertà nella opzione tra autoproduzione ed esternalizzazione²⁶³, dovendo l’ente locale giustificare mediante apposita delibera solo la scelta di fare ricorso alla privatizzazione del Sieg affinché sia possibile verificare il rispetto dei principi europei.

²⁶² Ai commi 21 e 22 seguono disposizioni di dettaglio volte però solo a regolare il periodo transitorio e le eventuali conseguenze in caso di mancata pubblicazione della delibera predetta. Il comma 14 dispone che “in relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea, devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013, pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti per i quali non e' prevista una data di scadenza, gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013”; il comma 22, invece, che “gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020”.

²⁶³ Permangono, al netto delle pronunce e degli interventi normativi citati, i limiti derivati dalla vigenza dell’art. 13 d.l. 223/2006 (Bersani, sulle società strumentali); dall’art. 3, c. 27, l. 244/2007 (sulle società strettamente necessarie) e dall’art. 14 c. 32 del d.l. 78/2010, con i limiti alla costituzione di ogni tipo di società posti per gli enti locali di minori dimensioni.

Parte IV

I. Premessa.

Lo studio sin qui svolto ha mostrato che la materia dei servizi pubblici è incapace, sia a livello nazionale che sovranazionale, di essere imbrigliata in una rete di norme in grado di disciplinarne nel dettaglio il contenuto, fosse anche quando debba decidersi a priori attraverso quale strumento organizzare l'erogazione di quelle prestazioni che, con tutte le valutazioni e la discrezionalità del caso, debbano qualificarsi come servizio pubblico locale di rilevanza economica.

L'ambito di interesse di questo lavoro risulta a questo punto circoscritto al solo modulo concessorio e, in particolare, ai contenuti della procedura di affidamento che ne costituisce presupposto ineliminabile. È emerso, e si approfondirà, che non vige, né è mai stata in vigore, alcuna apposita disciplina in grado di guidare l'amministrazione competente verso la selezione del concessionario.

Sotto il profilo europeo, questa "indifferenza" verso la selezione pubblica del gestore stride evidentemente con l'opposta e serrata indicazione di norme da applicarsi alle procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi, che trova spazio nelle note direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Si è detto che questa scelta del diritto europeo si sposa con la flessibilità che la materia richiede, in considerazione delle peculiarità dello strumento in sé, rispetto all'appalto, e delle prestazioni che ne formano oggetto quando si tratti di renderle alla collettività in regime di servizio pubblico. Quest'assenza di disciplina puntuale, tuttavia, non determina affatto la fuoriuscita delle concessioni dall'orbita del diritto europeo: come già puntualizzato dalla prima Comunicazione

interpretativa del 2000 “esse sono soggette alle norme e ai principi del trattato, nella misura in cui siano riconducibili ad atti dello Stato e abbiano per oggetto la prestazione di attività economiche”²⁶⁴.

Da questa premessa, già la Commissione ma anche, e soprattutto, la Corte di Giustizia hanno estrapolato nel tempo e dalla casistica le regole che costituiscono il minimo comune denominatore europeo in materia di affidamento mediante concessioni, sul quale ci si è proposto di indagare.

Su altro fronte, ovvero quello nazionale, la perdurante assenza di una disciplina, non imposta certo dal diritto europeo, per le concessioni di servizi pubblici locali sembrerebbe da ricondursi a ragioni storiche più che strettamente economiche. Nel primo capitolo si era evidenziata l'impostazione originaria del rapporto concessorio caratterizzato, tra l'altro, dal trasferimento di funzioni amministrative come in presenza di una vera e propria delega da parte dell'ente titolare. Ciò presupponeva la rilevanza di un elemento estraneo alle valutazioni europee, ovvero l'elemento fiduciario giustificativo della speciale relazione intercorrente tra il concedente e il concessionario (e a differenza dell'appalto)²⁶⁵: dalla

²⁶⁴ La citazione è al punto 2.4, ove si precisa pure l'ambito dei soggetti cui le disposizioni in questione si riferiscono ovvero “l'insieme delle autorità pubbliche che fanno parte dell'organizzazione dello Stato (enti pubblici territoriali, regioni, circoscrizioni amministrative, comunità autonome, comuni)” nonché “qualsiasi altro organismo che, pur godendo di personalità giuridica autonoma, sia collegato allo Stato da vincoli così stretti da poter essere considerato come facente parte dell'organizzazione di questo. Sono ugualmente compresi nella nozione di atti dello Stato gli atti ad esso imputabili, gli atti, cioè, che, pur non essendo adottati da pubbliche autorità, sono a queste imputabili in ragione degli strumenti di intervento di cui esse dispongono per impedirne l'adozione od imporne la modifica”

²⁶⁵ Sul punto si rinvia al primo capitolo. A titolo integrativo si rimanda qui a Valaguzza S., *Gli affidamenti*, cit., 58 e alla giurisprudenza citata in nota 84 nonché e a Ramajoli M., *Concessioni*, cit., 321. Per qualche riferimento recente all'essenzialità dell'elemento fiduciario nella concessione si veda Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2012, 1381, ove, in merito alla legittimità di un provvedimento di sospensione dell'efficacia di una concessione per la gestione di un parcheggio con custodia a pagamento in ragione delle misure interdittive disposte in sede penale a carico del legale rappresentante della società concessionaria (ed in attesa del giudizio definitivo), si legge che queste vicende sono “indubbiamente fondanti un provvedimento della specie di quello adottato, per le negative ricadute sull'elemento fiduciario che necessariamente connota il rapporto concessorio” e giustifica l'ente per aver successivamente rivisto (mediante sospensione e, poi, revoca) la scelta di affidare a privati la gestione delle aree di parcheggio. Ma cfr. anche Consiglio di Stato, sez. III, 7 marzo 2012, n. 1298, laddove (benché in argomento di concessione di beni) chiarisce che “la scelta di un soggetto concessionario da parte di una Pubblica Amministrazione avviene a seguito di una valutazione sulla sua idoneità (morale ed economica) ad utilizzare i beni dell'amministrazione o a svolgere adeguatamente tutti i compiti e le funzioni oggetto della concessione”.

“discrezionalità” (*rectius* libertà) indispensabile per dar corso alla migliore valutazione da parte dell’ente sarebbe derivata, di conseguenza, l’esitazione del legislatore nazionale a dettare una disciplina che, necessariamente, avrebbe potuto solo comprimere quegli spazi²⁶⁶.

Questa timidezza legislativa ha mostrato qualche segno di cedimento con l’art. 113 TUEL, come modificato dall’art. 35 legge 448/2001 cit., laddove si disponeva che l’affidamento a soggetti terzi rispetto all’amministrazione della gestione del servizio²⁶⁷ sarebbe dovuta avvenire “con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica”. Benché il *corpus* normativo contestualmente approvato e successivamente integrato dai numerosi interventi cui si è fatto cenno non offrisse specificazioni significative quanto alle regole da seguire per la selezione, l’aver prescritto l’obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica significava il primo, inevitabile, avvicinamento tra la disciplina nazionale ed il diritto europeo²⁶⁸.

Sin dalla Comunicazione citata, la Commissione ha richiamato gli Stati membri alla necessità ineliminabile di procedere all’assegnazione di compiti di interesse economico generale mediante procedimenti di selezione pubblica improntati al rispetto dei principi fondamentali derivanti dal Trattato, come interpretati dal giudice europeo: afferendo simili prestazioni alla concorrenza, i pur generici vincoli provenienti da

²⁶⁶ Cintioli F., *I servizi pubblici locali*, cit., 10.

²⁶⁷ Lo stesso per i casi di separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio, ove prevista dalle normative di settore.

²⁶⁸ Occorre tenere conto, in proposito, che lo Stato italiano aveva già ricevuto la messa in mora della Commissione europea con atto dell’8 novembre 2000 (SG(2002)D/108243), le cui indicazioni si è cercato di recepire proprio attraverso l’emanazione dell’art. 35 cit. cui, tuttavia, ha fatto seguito altra procedura di infrazione (26 giugno 2002, procedura 1999/2154 - C(2002)2329) per il mancato (parziale) adeguamento della normativa nazionale al diritto europeo in relazione a) alla possibilità di ricorrere, attraverso “deboli” presupposti, ad affidamenti diretti della sola gestione delle reti, quando separata dalla gestione del servizio; b) al periodo transitorio prescritto per gli affidamenti diretti anti-comunitari; c) allo speciale regime derogatorio all’epoca previsto per l’affidamento del servizio idrico e d) all’espressa volontà di demandare a regolamento (mai adottato) l’individuazione dei servizi privi di rilevanza industriale da sottrarre in toto alle norme sull’affidamento concorrenziale (la Commissione critica questa opzione non potendosi, come noto, distinguere a priori un’attività economica da una non economica).

quelle istituzioni assunsero immediatamente portata obbligatoria²⁶⁹ per gli Stati membri, specie per quelli che, come l'Italia, remavano tradizionalmente in direzione opposta.

Si legge nel testo della Comunicazione che le concessioni “ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (*ex* articoli da 30 a 36) e da 43 a 55 (*ex* articoli da 52 a 66) del trattato CE o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte” e che, a tale ultimo proposito “si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità”²⁷⁰. Così, non solo e non tanto si rende obbligatorio il ricorso all'evidenza pubblica quale immediata conseguenza della rilevanza di simili affidamenti per la concorrenza, quanto si rende necessario indagare sulla portata precettiva dei principi enunciati in via meramente ricognitiva dalla Commissione.

A tal proposito, e prima addentrarci oltre, va dato conto della volontà del legislatore nazionale di allinearsi all'impostazione delineata dalle istituzioni europee all'atto del recepimento delle direttive appalti, attraverso l'art. 30 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Sulla falsariga delle direttive predette, la disposizione esclude le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione del decreto, con poche eccezioni espressamente indicate nella stessa norma²⁷¹. Dopo aver sinteticamente riprodotto la definizione ricavata dal diritto europeo, il legislatore precisa

²⁶⁹ Lo riconosce senza esitazione già Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634 punti 5.8 ss.

²⁷⁰ Subito dopo la Commissione ha buon gioco di precisare che “alcuni Stati membri talvolta hanno ritenuto che l'attribuzione di una concessione non fosse soggetta alle disposizioni del trattato, consistendo questa nella delega di un servizio al pubblico che poteva essere attribuita soltanto sulla base di una fiducia reciproca (*intuitu personae*). Discende dal trattato e da una giurisprudenza costante della Corte che le sole giustificazioni in base alle quali atti dello Stato, adottati in violazione degli articoli 43 e 49 (*ex* articoli 52 e 59) del trattato CE, sfuggono al divieto previsto da detti articoli, sono quelle contemplate dagli articoli 45 e 55 (*ex* articoli 55 e 66)”.

²⁷¹ In particolare, sono applicabili le disposizioni contenute nella parte IV del decreto nonché, nei limiti della compatibilità, l'art. 143, comma 7, che è norma dettata nell'ambito delle concessioni di lavori e sancisce la necessità di presentazione di un piano economico finanziario da parte dell'offerente che sia indicativo degli investimenti e della gestione, nonché del valore residuo del bene non ammortizzato, prevedendone un corrispettivo. La disposizione opportunamente richiamata dall'art. 30, comma 7, è indice del rischio di gestione che è il *proprium* dell'istituto concessorio. Cfr. Valaguzza S., *Gli affidamenti*, cit., 67.

al terzo comma che “la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”. Si tornerà sul contenuto specifico dell’obbligo di previa gara informale, al momento basti confrontare il diritto nazionale con quello europeo come delineato dalla Commissione: la mera riproduzione di quei principi consente di conservare in punto di disciplina quella desiderata libertà decisionale da rimettere in capo all’ente concedente, ma ciò pare vero e apparente allo stesso tempo laddove le norme desumibili dai principi siano idonee a definire talvolta anche degli argini più stringenti alla discrezionalità dell’ente medesimo.

II. I principi generali del diritto amministrativo europeo della concorrenza.

I principi generali, norme senza fattispecie²⁷², si ritengono desumibili direttamente o indirettamente dalle disposizioni di ciascun ordinamento giuridico attraverso un’operazione interpretativa volta ad estrapolarne la *ratio* ovvero l’insieme dei valori sottesi a quelle scelte normative. La rilevanza dei principi generali nel diritto amministrativo nazionale è indiscutibile, nel senso cioè della sua sottoposizione non solo a norme scritte ma anche a “principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema”, da cui la centralità del

²⁷² Espressione di Bin R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 199.

ruolo dell'interprete chiamato a formarne la qualificazione giuridica. Quanto al diritto europeo, l'elaborazione dei principi²⁷³ menzionati nel Trattato è affidata all'interpretazione della Corte di giustizia e racchiude in sé non solo e non tanto quelli comuni a tutti o alla maggior parte degli Stati membri, quanto principi europei in senso proprio: quando anche il diritto nazionale mostri di conoscerne già alcuni, occorrerà guardare unicamente alle coincidenze contenutistiche, ove ravvisabili, con il diritto europeo.

I principi europei, difatti, si collocano al vertice della gerarchia delle fonti del diritto ed accompagnano le disposizioni di settore dando uniformità al sistema e svolgendo, inoltre, un importante ruolo nell'opera di armonizzazione dei diritti degli Stati membri. Tuttavia, quando questi principi generali, in qualsiasi veste siano declinati - come relativi all'organizzazione, all'attività, alla giustizia - afferiscano alle competenze dell'Unione devono ritenersi propri di quell'ordinamento, in nome della autonomia, indipendenza e superiorità, anche confermate dal principio di attribuzione di cui all'art. 5 TUE, che lo caratterizzano.

Ciò detto, è in quest'alveo che devono collocarsi i principi menzionati al paragrafo precedente, in quanto enucleati dal Trattato ad opera della giurisprudenza europea anzitutto con riferimento agli appalti e confermati nella loro valenza trasversale anche per le concessioni non disciplinate dal diritto europeo derivato. L'origine delle regole non scritte da applicarsi all'esternalizzazione dei Sieg è radicata nel Trattato, quanto alle implicazioni sotto il profilo della libertà di stabilimento e di circolazione, e più in generale nell'alveo della tutela della concorrenza, che diviene pregnante in materia proprio per effetto della scelta di affidare a terzi la gestione di attività economicamente rilevanti. Da queste considerazioni deve necessariamente dedursi che l'elencazione esemplificativa dei principi generali in materia di contratti pubblici cui si

²⁷³ Strozzi G., *Il sistema normativo*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* cit., 172 ss.; nello stesso Trattato, Massera A., *I principi generali*, 285; De Pretis D., *I principi del diritto amministrativo europeo*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di Renna M.-Saitta F., Milano 2012, 41 ss.

riferisce l'art. 30 d.lgs. 163/2006 va ricondotta interamente al diritto europeo, che detta con la propria interpretazione il contenuto minimo delle norme che dai principi derivano e che possono, eventualmente, essere solo integrate *in melius* dal legislatore come dalla giurisprudenza nazionale.

Nessuna questione particolare deriva, invece, dal generico riferimento operato dall'art. 30 cit. ai "principi generali relativi ai contratti pubblici", cui l'esemplificazione predetta si riferisce. Difatti, benché l'inciso sia preceduto dall'apposita menzione dei principi derivanti dal Trattato²⁷⁴, gli va comunque riconosciuta una derivazione europea - e non anche nazionale - trattandosi di norme inerenti ad un ambito specifico.

Il richiamo ai contratti pubblici, poi, non limita affatto le considerazioni al settore degli appalti che, come noto, costituiscono solo una delle possibili forme della contrattazione pubblica²⁷⁵, ma comprende anche principi espressi in contesti diversi, più in generale nell'ambito delle varie forme di partenariato pubblico-privato.

Il problema di fondo che scaturisce da una disciplina regolata solo da principi è, com'è ovvio, l'indeterminatezza che deriva dall'elasticità delle indicazioni che i principi necessariamente contengono e richiede la disamina delle decisioni degli organi giurisdizionali, in particolare quelli di ultima istanza, affinché sia possibile il tentativo di riempire quelle enunciazioni di significato normativo e, quindi, di indicazioni applicative il più possibile puntuali.

Per quel che rileva ai nostri fini, nell'incipit dell'elaborato ci si è prefissi l'obiettivo di indagare sui principi dell'evidenza pubblica europea onde estrapolarne norme con vocazione trasversale, vevoli anche per le procedure di affidamento del servizio pubblico locale mediante

²⁷⁴ E si potrebbe insinuare che, di conseguenza, dovrebbero intendersi i principi generali di diritto interno in tema di contratti pubblici onde non configurare una mera ripetizione di un concetto già espresso.

²⁷⁵ Quindi, non solo vi ricade tutto quanto concerne le concessioni e le varie forme di partenariato pubblico-privato già contemplate altrove dal diritto europeo, ma anche quelle forme contrattuali ricondotte nell'ambito del d.lgs. 163/2006 che siano spontaneamente sottoposte dal legislatore nazionale alle medesime tutele (almeno in termini generali) previste per gli appalti (es. contratto di sponsorizzazione, contratto di disponibilità).

concessione. I limiti fisiologici di questo inducono a circoscrivere l'indagine che seguirà ad alcuni soltanto (auspicabilmente i più salienti e significativi) momenti e profili essenziali della procedura.

Si procederà, quindi, ad esaminare le regole individuate dalla Corte di Giustizia quale espressione dei principi sopra menzionati per poi verificare se il recepimento delle direttive europee attraverso il codice dei contratti pubblici sia in grado o meno di integrare quelle disposizioni attraverso norme ulteriori che possano dirsi riconducibili, almeno in ipotesi, ai principi medesimi e, quindi, siano cogenti pure in materia di concessione di servizi pubblici locali.

Difatti ben potrebbe essere che la declinazione del principio esaminato non si esaurisca nelle statuizioni della Corte di Giustizia, trovando specificazione o integrazione in norme nazionali: nulla vieta, e anzi la Corte ha occasione di ribadirlo spesso, che i legislatori nazionali pongano vincoli più stringenti al procedimento di aggiudicazione, restando quelle disposizioni sottoposte al vaglio di proporzionalità da parte della Corte di giustizia laddove rendano difficoltosa la partecipazione alle procedure selettive ovvero, in radice, releghino nell'opacità l'occasione di guadagno appetibile.

Lo stesso si dica delle autorità amministrative competenti, che con la propria discrezionalità possono ben andare oltre i dettami delle istituzioni europee per vincolarsi a regole dell'affidamento che assicurino la garanzia dei principi generali anche oltre il "minimo sindacale" fissato: è nell'autonomia implicita nella discrezionalità che regge il potere di allocazione con modalità competitiva delle risorse pubbliche che risiede la possibilità di auto-regolare, sempre nei limiti di legge e degli stessi principi, lo svolgimento del procedimento di selezione.

È evidente, quindi, come nell'indagine che si svolge si debba necessariamente procedere attraverso la formulazione di ipotesi, che pur basandosi sull'analisi di un'ampia casistica, sfuggono ai parametri di certezza e definitività che - almeno dovrebbe - derivano dalle norme scritte.

III. L'interesse transfrontaliero, ovvero la rilevanza della concessione per il mercato interno.

Prima di entrare nello specifico del tema e dei problemi che esso pone occorre preliminarmente soffermarsi sul presupposto essenziale dell'operatività dei principi europei in materia di concessioni.

Si è avuto modo di riferire nel secondo capitolo della rilevanza economica delle prestazioni affinché il diritto europeo della concorrenza possa entrare in gioco nella specifica fattispecie, ma questo è argomento che attiene alle valutazioni che l'ente incaricato deve svolgere quando abbia oramai optato - in esito alle esaminate valutazioni discrezionali - per la messa in concorrenza del servizio e si presenti, proprio per gli interessi generali coinvolti, la necessità di mantenere o prevedere l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi di cui all'art. 106, par. 2, TFUE. La rilevanza per il mercato interno cui si fa riferimento in questa sede²⁷⁶, invece, e benché collegata al profilo accennato, è più propriamente inerente alla modalità di affidamento che l'ente abbia scelto di adoperare per la selezione dell'operatore concessionario.

Si deve a tal proposito riconoscere che la concessione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica ricada nell'ambito di applicazione dei principi europei menzionati anzitutto quando questa sia idonea ad interessare gli operatori economici situati in altri Stati membri.

La rilevanza transfrontaliera della concessione, pur essenziale, non trova definizione né esplicazione puntuale in alcuna norma del Trattato e, come si vedrà, neppure in altri atti delle istituzioni europee. Una disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia come degli atti interpretativi della Commissione mostra, in particolare, chiarezza nell'enunciazione del principio, ma alla prova dei fatti un eccesso di deludente pragmatismo

²⁷⁶ Che presuppone quanto ampiamente esposto nel secondo capitolo, ovvero la definizione del bisogno pubblico da appagare, le caratteristiche del servizio insieme con la valutazione della sua valenza economica, o meno, e l'opzione per l'esternalizzazione.

quando non addirittura l'elusione del problema e, quindi, l'aleatorietà degli approdi. Un utile atto ricognitivo delle posizioni espresse in sede europea si rinviene nella già citata Comunicazione interpretativa del diritto comunitario applicabile all'aggiudicazione degli appalti esclusi o solo parzialmente ricompresi nelle direttive europee²⁷⁷. Nonostante la rubrica non si riferisca alle concessioni, è stato già chiarito che, al pari di esse, anche gli appalti non ricadenti *in toto* nell'ambito applicativo della direttiva, siano comunque sottoposti ai principi generali del Trattato: l'interpretazione resa dalla Commissione con riguardo a tali appalti, pertanto, vale *naturaliter* anche per le concessioni di servizi.

Riportando la posizione espressa dalla Corte di Giustizia in più occasioni²⁷⁸, la valutazione della rilevanza transfrontaliera è rimessa in prima battuta all'amministrazione competente, la quale deve effettuarla tenendo conto delle peculiarità del caso concreto. È del tutto plausibile, infatti, che in circostanze particolari un'impresa con sede in altro Stato membro possa non avere interesse all'aggiudicazione del servizio. Quali siano tali circostanze particolari naturalmente non è chiarito attraverso un elenco di ipotesi tassative e sia la Commissione che la Corte di Giustizia si limitano a richiamare situazioni esemplificative: l'esiguo valore economico del contratto, ma anche le caratteristiche proprie dell'oggetto del servizio, nonché quelle del settore di riferimento (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali) oppure anche il luogo di esecuzione delle prestazioni.

La valutazione si pone come imprescindibile e, quando non abbia esito positivo, “gli effetti sulle libertà fondamentali [...] dovrebbero essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti” per giustificare l'applicazione di norme derivate dal diritto primario europeo²⁷⁹:

²⁷⁷ Comunicazione interpretativa della Commissione dell'1 agosto 2006. punto 1.3.

²⁷⁸ Già in Corte di Giustizia, 7 settembre 2000, C-324/98, *Telaustria*, par. 62; ma nello stesso senso, Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, C-231/03 *Coname*, par. 16-19; Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03 *Parking brixen cit.*, par. 49.

²⁷⁹ Così nella sentenza *Coname*, par. 20 e nella Comunicazione cit.

l'operatività di quelle regole sarebbe rimessa in questo modo alla sola volontà nazionale²⁸⁰.

Osservazioni analoghe si possono muovere altresì con riferimento agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE, cui si applicano soltanto gli artt. 21, 23 e 35 n. 4, con conseguente obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di chiarire la portata delle specifiche tecniche richieste agli offerenti e di assicurare una forma di pubblicità *ex post* dell'affidamento. La Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare che la volontà desumibile dalla direttiva con riguardo a tali fattispecie poggerebbe su una presunzione di irrilevanza transfrontaliera di ipotesi di tal genere. Si tratterebbe, tuttavia, di una presunzione relativa, superabile attraverso la dimostrazione di elementi propri del caso concreto tali da evidenziare, in realtà, la rilevanza per il mercato interno di quella fattispecie, da che seguirebbe - oltre all'applicabilità delle norme specificamente richiamate poco sopra - l'operatività dei principi generali, al pari di quel che accade in materia di concessioni²⁸¹.

²⁸⁰ Così, difatti, l'art. 30 del codice dei contratti pubblici, non differenzia all'interno della categoria generale delle concessioni quelle da assoggettare a quei principi. Certo, però, che un domani la volontà legislativa potrebbe mutare, escludendo le concessioni prive di rilievo transfrontaliero, senza confliggere con il diritto europeo. Peraltro, anche ipotizzando l'approvazione della proposta di direttiva sulla procedura applicabile per l'affidamento delle concessioni si confermerebbe il quadro appena delineato: già al secondo considerando infatti, si dispone che l'applicabilità di quelle disposizioni sia limitata alle concessioni che superino una data soglia di valore economico, mentre per le restanti continuano ad applicarsi i principi generali quando siano di interesse transfrontaliero.

²⁸¹ Chiaro il percorso motivazionale di Corte di Giustizia, 17 marzo 2011, C-95/10 par. 35-38. Nel caso di specie si chiedeva di accertare se, in virtù del "presunto" (spetta al giudice del rinvio verificarlo) interesse transfrontaliero, discenda dai principi di trasparenza e parità di trattamento l'applicabilità del disposto di cui all'art. 47 n. 2 della direttiva ad un appalto di servizi di cui all'allegato II B. La disposizione citata prevede in particolare che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti". La Corte esclude che una disposizione di questo tenore si imponga alla Pa aggiudicatrice in virtù dei principi dedotti: non è in rapporto con la trasparenza né potrebbe legarsi alla parità di trattamento senza che questo comporti un'estensione di ben altre norme della direttiva volutamente destinate ad altre ipotesi di appalto: verrebbe svilita in questo modo la differenza tra le due tipologie di appalto e ciò non è imposto dalla lettura del principio di parità di trattamento. Certo, la Corte anche in questa ipotesi fa salva la diversa volontà dello Stato membro e dell'amministrazione aggiudicatrice: ciò che sembrerebbe senz'altro una scelta ragionevole e proporzionata, stante l'effetto di aumentare il numero dei partecipanti alla gara.

Va tuttavia dato conto del fatto che gli interventi della Corte di Giustizia che si sono esaminati²⁸² mostrano un atteggiamento che, pur confermando la necessità che l'autorità nazionale abbia effettuato la valutazione di cui si parla, si limitano a sottintenderla oppure a menzionarla senza fornire alcun'indicazione utile all'orientamento dell'interprete.

Eppure, si crede, dal momento che dalla sussistenza dell'elemento in questione dipende l'operatività del diritto europeo e, di conseguenza, la giurisdizione della Corte di Giustizia, occorrerebbe volta per volta una puntuale argomentazione.

Per un precedente conforme cfr. Corte di Giustizia, 13 novembre 2007, C-507/03. Con riferimento a quest'ultimo caso va dato atto alla Corte di aver argomentato sulla mancanza di rilievo transfrontaliero della fattispecie sottoposta al suo giudizio. Difatti, si lamentava la mancata previa pubblicazione di un bando di gara da parte di un'impresa che aveva provveduto mediante segnalazione a darne notizia alla Commissione, la quale aveva successivamente avviato la formale contestazione nei confronti dello Stato membro di riferimento. Dopo aver precisato che la Commissione sarebbe stata inadempiente all'obbligo di dimostrare il rilievo transfrontaliero della fattispecie (appalto di servizi, allegato I B 92/50/CE), ha in particolare riconosciuto l'insufficienza della semplice allegazione della segnalazione dell'operatore economico a tal fine: si apprezza l'atteggiamento rigoroso benché, sotto altro profilo comunque inappagante. Non si comprende, infatti e alla luce di una prassi giurisprudenziale sul punto approssimativa - e, si è detto, non condivisibile -, cos'altro la Commissione avrebbe dovuto allegare alla propria contestazione per dimostrare che, in totale mancanza di pubblicità di un bando di gara, questo avrebbe avuto interesse per gli operatori europei se non attraverso la denuncia di un operatore di settore. Va tuttavia precisato che non si conosce (né si traggono indicazioni dalle conclusioni dell'Avv. Generale Stix-Hackl C. presentate il 14 settembre 2006) se l'operatore denunciante avesse o meno sede nello Stato denunciato, ciò che sembra essenziale al fine della rilevanza di cui si tratta.

Per l'applicabilità dei principi indicati a tutti gli appalti pubblici cfr. Corte di Giustizia, 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, punto 42; Ordinanza 16 ottobre 2003, causa C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy; Corte di Giustizia, 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki.

²⁸² Cfr. *ex multis* Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, C-274/09; Corte di Giustizia, 13 aprile 2010, causa C-91/08; Corte di Giustizia, 23 dicembre 2009, C-376/08; Corte di Giustizia, 13 novembre 2007, causa C-507/03; Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, C-347/06; Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06.

IV. Principio di parità di trattamento e non discriminazione, sub specie di pubblicità dell'affidamento.

Qualsiasi disamina su uno dei principi generali menzionati presuppone delle interferenze con altri che, inevitabilmente, vengano con intensità variabile coinvolti nella medesima fattispecie. Pertanto, è ben probabile che la medesima pronuncia presa ad esempio per l'enunciazione di un principio venga in rilievo anche quando si riferisca di altra norma del medesimo genere.

La parità di trattamento, nelle sue varie accezioni, rappresenta uno dei principi cardine derivanti dal Trattato nonché presupposto fondamentale per la realizzazione delle libertà ivi enunciate. Con riguardo al tema del presente studio, la Corte e la Commissione hanno avuto svariate occasioni per offrire indicazioni all'interprete su quali siano le conseguenze immediatamente derivanti dall'applicazione di questo principio quando l'amministrazione scelga di procedere all'affidamento del servizio di interesse economico generale, ma nonostante le numerose enunciazioni rimangono aperti ancora molti quesiti.

Il primo profilo che occorre prendere in considerazione risiede nell'obbligo di pubblicità preventiva²⁸³ della volontà dell'ente di dar corso alla procedura selettiva. È stato ripetutamente chiarito²⁸⁴ che in questa accezione la trasparenza implica "obblighi tali da consentire che, un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in questione, possa avere accesso alle informazioni adeguate [...] prima che lo stesso [appalto] sia attribuito, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio

²⁸³ L'obbligo di trasparenza come diretta promanazione del principio in esame è riconosciuto dalla Corte di Giustizia sin dalla sentenza 9 ottobre 1977, cause riunite C-117/76 e 16/77, Ruckdeschel e a.

²⁸⁴ Sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress cit.; 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname cit.; Corte di Giustizia, 13 novembre 2007, C-507/03, punto 30 e 32.

interesse [...]”²⁸⁵: non v’è dubbio quindi che sia norma derivata dai principi quella che obbliga le amministrazioni a rendere nota e accessibile l’informazione d’avvio della selezione prima di addivenire all’aggiudicazione. Tuttavia, occorre ulteriormente indagare anzitutto per comprendere quali siano le forme di pubblicità che possano intendersi adeguate e, soprattutto, se esistano parametri utili per individuare volta per volta la modalità corretta da scegliere.

Non a caso, le controversie che si sono esaminate vertono non solo su ipotesi di totale mancanza di pubblicità del bando o dell’avviso di selezione, ma anche sulla richiesta alla Corte circa la compatibilità di forme di pubblicità diverse dalla pubblicazione di quegli atti nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea.

A quest’ultimo proposito non risulta che la Corte si sia spinta a ritenere obbligatorio il ricorso a quella forma di pubblicità che, pur garantendo l’adeguatezza, è imposta unicamente ed espressamente per l’affidamento di appalti pubblici sopra soglia. Resta, certo, un’opzione sempre possibile ma non imposta²⁸⁶, si dice, dal principio in esame. Tuttavia certe perplessità potrebbero affiorare ipotizzando l’affidamento di un appalto escluso o di una concessione che raggiunga o che superi quella soglia di valore stabilita dalla direttiva 2004/18/CE.

Neppure la Commissione si spinge a qualificare tale adempimento pubblicitario come maggiormente compatibile rispetto agli altri pure ammissibili, limitandosi a definirla “un’opzione interessante” quando l’importo sia elevato²⁸⁷. Nell’interpretazione fornita in sede di comunicazione, la Commissione si limita a ribadire l’esigenza di una reale volontà (non passiva, ma attiva e concreta) di mettere a conoscenza gli

²⁸⁵ Così, testualmente, Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname cit. punto 21.

²⁸⁶ La scelta di questo strumento di pubblicità, poi, “non implica minimamente l’obbligo [...] di procedere all’aggiudicazione [...] conformemente agli articoli della direttiva”. Così in Corte di Giustizia, 18 novembre 2010, Commissione/Irlanda in cui l’amministrazione, pur non avendone l’obbligo, era ricorsa alla pubblicazione nella Gazzetta dell’Unione. Ivi la Corte richiama per analogia con un appalto, invece, ricompreso nelle direttive europee, Corte di Giustizia, 22 settembre 1988, C-45/87, Commissione/Irlanda punti 9 e 10.

²⁸⁷ Comunicazione cit., punto 2.1.2.

operatori di Stati membri diversi da quello interessato in modo tanto più intenso quanto più è interessante l'affidamento per il mercato interno. Chiaramente, da un lato, il rilievo economico della fattispecie non può che essere un criterio-guida significativo, ma si finisce, da altro lato, per ripiegare sugli evanescenti contenuti della valutazione di rilevanza transfrontaliera di cui si sono accennate le criticità.

Altre modalità di pubblicità astrattamente idonee a soddisfare il principio vengono individuate a) nella Gazzetta ufficiale nazionale (e probabilmente anche nei bollettini ufficiali regionali), nei bollettini nazionali appositamente dedicati all'aggiudicazione di contratti pubblici, nei quotidiani a diffusione nazionale ma anche regionale b) nei mezzi di diffusione locale, tra cui i bollettini o gli albi pretori o i quotidiani a diffusione locale con il limite, tuttavia, legato proprio alla risonanza cui darebbero vita, limitata naturalmente alla sola realtà locale. Da ultimo, con maggiori prospettive di efficienza, viene segnalato internet con le sue molteplici potenzialità quale strumento capace di essere adattato alle reali esigenze di divulgazione dell'avviso di selezione senza che ciò comporti costi ingenti per l'amministrazione interessata né particolari oneri di diligenza da parte dei potenziali aspiranti alla commessa pubblica. La Commissione si limita in proposito, però, a dare unicamente dei suggerimenti in ordine alla creazione di appositi portali o comunque di collegamenti ben evidenti ed intuitivi posti nelle sezioni dedicate alle notizie degli affidamenti: resta il problema di fondo e cioè soppesare l'interesse del mercato interno per quella commessa pubblica al fine di determinare quale tra le modalità predette possa rispondere meglio agli obblighi di trasparenza che ne derivano. Il vaglio, si è detto, viene attribuito anzitutto all'amministrazione nazionale, poi al giudice di un eventuale rinvio o alla Commissione ma, di rado e in ultimo, alla Corte di Giustizia, cui spetterebbe l'ultima parola: le perplessità non riguardano tanto le ipotesi "limite", cui - sbrigativamente - potrebbero riferirsi gli adempimenti pubblicitari in assoluto più divulgativi (indicazione in

G.U.U.E.) o meno divulgativi (pubblicazione sull'albo pretorio comunale), quanto le ipotesi intermedie, numerose e sfuggenti.

Si dà conto, quale mera sintesi degli aspetti rilevati finora, della citata sentenza della Corte di Giustizia, 13 aprile 2010, C-91/08, in cui la Corte ha ritenuto che l'interesse transfrontaliero - in relazione alla notizia della selezione pubblica - fosse dimostrato dal fatto che l'amministrazione aggiudicatrice, come riferito dal giudice del rinvio, avesse pubblicato il bando nella Gazzetta dell'Unione e ne avesse dato avviso anche nella Gazzetta ufficiale del Comune di Francoforte e che, sempre il giudice, avesse rilevato come il mancato rispetto di quell'obbligo di trasparenza avrebbe potuto porre in essere una discriminazione in danno degli operatori di altri Stati membri. La forma di massima pubblicità locale, - quindi, il mezzo pubblicitario di per sé meno divulgativo - sarebbe per la Corte la prova dell'interesse transfrontaliero dell'affidamento a sua volta qualificato unicamente in termini di lesioni potenziali e non attuali. Nessuna questione si pone, invece, quanto all'adeguatezza della forma di pubblicità prescelta, poiché la pubblicità locale era stata preceduta dalla pubblicazione spontanea in G.U.U.E.

Emerge, così, un approccio che considera determinanti elementi propri del caso concreto di per sé incapaci di palesare la rilevanza del servizio per il mercato interno: questa valutazione costituisce un *prius* logico (prima che giuridico) rispetto all'accertamento dell'adeguatezza delle misure di pubblicità adottate e non è consentito inferirla da queste ultime. Dato il parametro di riferimento, quindi, è accettabile un certo margine di flessibilità a patto che si impieghino indici di riferimento pertinenti e che si faccia un uso più rigoroso della logica.

Altro profilo connesso al primo attiene, poi, all'estensione dell'obbligo di pubblicità dell'avviso. Una volta individuata la forma di pubblicità adeguata dell'avviso di indizione della procedura selettiva, è difatti ribadito in più occasioni che all'atto di avvio devono essere rese note ai potenziali offerenti tutte le informazioni essenziali ai fini

dell'espletamento della procedura²⁸⁸. Ricadrebbe in quest'area, quindi, senz'altro l'individuazione *ex ante* dell'oggetto, dei criteri di selezione/specifiche tecniche, dei criteri di aggiudicazione nonché la rispettiva ponderazione relativa e l'eventuale specificazione dei sottocriteri (con ulteriore ponderazione relativa) che la commissione giudicatrice impiegherà per individuare la migliore offerta: il principio di parità di trattamento, infatti, impone di rendere note con adeguata pubblicità tutte le informazioni che determinano il potenziale offerente a formulare una domanda di partecipazione nel modo che sia più rispondente alle finalità nel perseguire le quali l'amministrazione aggiudicatrice perlustra il mercato.

La prima domanda che ci si pone è se il principio in esame imponga altresì che la notizia di queste informazioni essenziali debba necessariamente essere contestuale alla pubblicazione dell'atto di avvio della procedura o possa intervenire anche in un momento successivo. Se quest'ultima fosse la soluzione al quesito, sarà necessario ulteriormente comprendere fino a che momento sia rispettoso della parità di trattamento quell'eventuale specificazione e, non da ultimo, con quali modalità sarà sufficiente dare notizia.

Con riguardo al primo interrogativo, la Corte di Giustizia ammette che è essenziale che le parti interessate dispongano tutte della medesima possibilità nella formulazione dei termini delle loro domande o delle loro offerte²⁸⁹. Invero, il giudice europeo ha specificato che gli elementi che devono necessariamente essere ricompresi nel bando o negli atti allegati sono i criteri di selezione e quelli di aggiudicazione, ma non anche la loro eventuale specificazione oppure l'essenziale ponderazione relativa. Da questa ed altre indicazioni più specifiche che si diranno si può dedurre che

²⁸⁸ Oltre che essenziali ai fini di una eventuale e futura verifica di legittimità della procedura stessa. L'affermazione è costante, ma titolo esemplificativo si vedano le sentenze della Corte di Giustizia, 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, punto 88; Corte di Giustizia, 18 ottobre 2001, C-19/00, punti 33-38; Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., punto 98.

²⁸⁹ Sin da Corte di Giustizia, 25 aprile 1996, C-87/94, oltre che in Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99, punto 93.

la pubblicazione dell'avvio del procedimento possa contenere in sé solo informazioni di base, essendo rimessi ad una integrazione successiva le restanti e doverose specificazioni, purché queste ultime intervengano entro un tempo ragionevole e certo non a ridosso della scadenza del termine di presentazione delle offerte. Occorrerà valutare, caso per caso, e soprattutto in ragione della complessità della formulazione dell'offerta se la specificazione dei criteri valutativi lasci agli aspiranti il margine necessario.

Altro profilo connesso attiene alle misure pubblicitarie che assistono questa successiva specificazione dell'avviso di selezione. Ci si chiede, in particolare, se il principio in esame esiga l'impiego delle medesime forme di pubblicità usate *ab origine* oppure se, ammessa l'astratta compatibilità di altri strumenti con la rilevanza del servizio, ci si possa avvalere di una misura diversa da quella iniziale. Una prima considerazione può essere fatta: la pubblicità dell'avviso non si limita a dare notizia, ma crea un primo e fondamentale contatto ufficiale tra l'amministrazione interessata e il pubblico, da cui può ragionevolmente instaurarsi un affidamento in capo ai terzi in ordine a quello che pare non solo un adempimento formale, ma un punto di riferimento per le vicende successive. Questa breve riflessione indurrebbe ad optare per la prima soluzione e a ritenere illegittima l'integrazione delle regole della gara mediante atti adottati con misure di pubblicità diverse e meno divulgative rispetto a quelle impiegate per dare origine all'avviso di selezione.

Con riguardo a quest'ultimo profilo si può richiamare la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99 *Universale Bau*, dove si è esclusa la compatibilità col principio in esame della possibilità di enunciare il valore dei criteri di aggiudicazione, benché già indicati nel bando, mediante il rinvio ad un atto formato successivamente e depositato presso un notaio. La Corte precisa che l'oggetto della pronuncia non riguarda la configurabilità²⁹⁰ o meno in capo alla commissione dell'obbligo di specificare il peso specifico da

²⁹⁰ Ma si tornerà più oltre nel testo sull'argomento.

attribuire ai criteri di aggiudicazione nel bando, poiché nel caso di specie l'operazione integrativa è avvenuta prima del ricevimento delle domande: riguarda, invece, l'adeguatezza delle forme pubblicitarie impiegate per rendere nota l'operazione ai futuri partecipanti. Nel caso di specie queste informazioni, benché tempestive, sono state rese attraverso una modalità diversa da quella impiegata per la pubblicazione del bando, ovvero l'inserimento nella Gazzetta ufficiale della città di Vienna²⁹¹, mentre la Corte ritiene che avrebbero dovuto essere allegate a quest'ultimo, quindi - si desume - nell'ambito dello stesso contesto²⁹².

Il principio in esame, occorre sottolineare, è stato enunciato nell'ambito di una procedura negoziata previa pubblicazione del bando per appalto di opere ricompresa nella direttiva 93/37/CE, ma sul punto la Corte riferisce testualmente che la stessa “non contiene alcuna specifica disposizione relativa alle esigenze di previa pubblicità circa i criteri di selezione dei candidati”: benché questa lettura vada riferita unicamente alla carenza di indicazioni normative per l'individuazione di sottocriteri e criteri di ponderazione²⁹³, il giudice europeo chiamato ad interpretare il concetto di adeguatezza della pubblicità è costretto a risalire alla lettura del principio della parità di trattamento e a desumerne quanto detto²⁹⁴, da che discende che la regola enunciata si riferisca altresì alle concessioni.

²⁹¹ Può per inciso osservarsi che, a riprova dell'inevitabile flessibilità, il rilievo europeo dell'operazione non ha implicato il necessario ricorso alla Gazzetta ufficiale dell'Unione.

²⁹² Sia nel senso di contestualità temporale che di impiego della medesima forma di pubblicità.

²⁹³ Difatti gli artt. 7, 13 e 30 della direttiva citata obbligano le amministrazioni a ricomprendere i criteri nel bando o nel capitolato d'oneri o, al più tardi, nella lettera di invito, ma nulla dispongono quanto ai sottocriteri e ai rispettivi valori ponderali.

²⁹⁴ Punto 100. L'*iter* motivazionale, invero, passa anche per l'esame delle disposizioni previste dalla medesima direttiva per i criteri di aggiudicazione, che per volontà di legge ricadono tra le indicazioni minime della lettera di invito o del bando di gara. A questi ultimi si riferisce l'art. 30 n.2 della direttiva citata che, quale che sia la procedura aperta, ristretta o negoziata, impone all'amministrazione di comunicare con gli atti di gara (quindi con le medesime forme di pubblicità) non solo i criteri di aggiudicazione ma anche la classificazione e la ponderazione accolta per gli stessi.

V. La pubblicità dell'affidamento per il giudice nazionale nel contesto del Codice dei contratti pubblici.

Le norme che la Corte di Giustizia ricava dai principi menzionati sono immediatamente applicabili nei vari ordinamenti degli Stati membri in ragione della derivazione europea, appunto, dei principi da cui promanano. Occorre pertanto verificare se l'interpretazione nazionale sia effettivamente in linea con quella sovranazionale e se, poi, a livello interno possano individuarsi declinazioni ulteriori di quei principi da cui far discendere regole nuove applicabili, in particolare, in materia di concessioni.

Relativamente al diritto interno, si è già chiarito che il decreto legislativo di recepimento delle direttive europee in materia di appalti non estende alla fattispecie delle concessioni di servizi pubblici quelle norme, ma si limita al richiamo dei principi europei nei termini sopra esposti.

Prima di procedere nella disamina delle ragioni desumibili dalla casistica, vale la pena precisare che in linea di massima nulla avrebbe ostato all'estensione in via normativa della disciplina valevole in materia di appalti anche alle concessioni. Gli Stati membri ben possono prevedere discipline più rigorose rispetto a quelle imposte dall'Unione, purché risultino proporzionate nei termini che si vedranno poco oltre. Occorre tuttavia anticipare, ma si approfondirà più avanti, che non sempre l'applicazione dei soli principi dà luogo ad una disciplina meno rigorosa di quella introdotta in via normativa: con riguardo a ipotesi di tal genere, quindi, va detto che la discrezionalità legislativa interna non potrà mai prevalere sull'applicazione dei principi europei che si traduca, ed è ben possibile, in norme più severe di quelle nazionali.

Quanto alla pubblicità dell'avviso di selezione pubblica si rammenta che l'articolo 30 cit. dispone che l'amministrazione debba indire gara informale cui invitare almeno cinque operatori tra cui scegliere il concessionario. Questa forma di pubblicità rappresenta, anzitutto, il

minimo insindacabile della messa in concorrenza del servizio, ma lascia irrisolte due questioni: se, cioè, per il diritto nazionale “gara informale” sia espressione equivalente a quella di “procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando” contenuta all’art. 57 del codice dei contratti e, in secondo luogo, stante la diversa consistenza giuridica della concessione, quale sia il livello di pubblicità richiesto.

Quanto al primo quesito non può in alcun modo ritenersi applicabile l’art. 57 cit. in quanto non espressamente richiamato dall’art. 30 cit., ma la procedura negoziata in questione implica in sostanza l’esperimento di una selezione cui, se possibile, l’amministrazione è tenuta ad invitare un minimo di tre operatori scelti sulla base di informazioni ricavate dal mercato: la scelta e l’invito a partecipare alla “gara informale” avviene in seguito all’invio di una lettera per la quale non è prescritta alcuna forma di pubblicità. Già da queste scarse informazioni, poste in relazione a quanto esposto nel precedente paragrafo, si deve desumere la non compatibilità di queste previsioni con i principi europei.

Lo stesso Consiglio di Stato, sez. VI, in una sentenza del 4 settembre 2012, n. 4682 ha negato l’applicazione analogica dell’art. 57 cit. ad un affidamento mediante concessione di servizi al pubblico proprio in ragione del fatto che alla disposizione, oltre a non essere richiamata, “non può essere riconosciuta valenza di principio in relazione all’applicazione dei canoni di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità”. Tuttavia va dato conto del fatto che, nella fattispecie, l’amministrazione aveva invitato otto operatori del settore senza adottare alcuna forma di pubblicità e che, da quanto si desume dalla sentenza di primo grado²⁹⁵, il valore dell’affidamento era da stimarsi in un ammontare

²⁹⁵ Tar Lazio, Roma, sez. III, 25 marzo 2010, n. 4736 il quale, pur erroneamente qualificando la fattispecie come appalto di servizi e non come concessione e, di conseguenza, muovendo dall’applicabilità dell’art. 57 oppure dell’art. 56 (procedura negoziata previa pubblicazione del bando) ha ammesso che “l’importo non è stato indicato. Però essendo stato previsto un canone annuo di 90.000 euro versato dalla società aggiudicataria alla stazione appaltante per un servizio triennale, si deve ritenere almeno un valore dell’appalto superiore a 270.000 euro, altrimenti il

sopra soglia comunitaria. Ciononostante, il giudice d'appello ha dichiarato la legittimità dell'operato dell'amministrazione e, pertanto, benché si condivida l'enunciazione di principio, non può ritenersi corretta l'applicazione concreta dei dettami europei: la Corte di Giustizia, in nessun caso in cui la concessione presenti un possibile interesse transfrontaliero ammette la legittimità di una procedura svolta in assenza di alcuna forma di pubblicità²⁹⁶.

La questione è stata affrontata altre volte, in realtà, dal Consiglio di Stato con esito diverso rispetto al caso citato. In particolare, con le sentenze pronunciate dalla sezione III, 2 luglio 2012, n. 3843 e dalla sezione V, 6 maggio 2011, n. 2709, il giudice di appello ha ritenuto sufficientemente rispettato il principio in esame attraverso la sola pubblicazione dell'avviso nell'albo pretorio comunale²⁹⁷, senza che sia necessario aggiungere la notizia altresì nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana²⁹⁸. Le statuizioni citate paiono in linea di massima corrette poiché, si è visto, che il grado di pubblicità va parametrato sulla base dell'appetibilità transfrontaliera del servizio, tuttavia nella casistica

servizio sarebbe gestito in perdita". Pur trovandoci di fronte ad una concessione, il valore dell'affidamento deve essere considerato quale elemento indicativo ai fini della rilevanza per il mercato europeo della procedura comparativa.

²⁹⁶ Resta da chiedersi se, al contrario, l'art. 56 codice dei contratti, possa risultare compatibile con quei principi e se, di conseguenza, statuisca uno standard di tutele maggiori e comunque proporzionate da riferirsi anche alle concessioni. La risposta, ad avviso di chi scrive, deve essere negativa pure in questo caso per le seguenti ragioni: 1) la previa pubblicazione del bando, lascia comunque aperta la possibilità per l'amministrazione di negoziare - pur con dei limiti - il contenuto delle offerte con i partecipanti, ciò che non è ammesso stando ai principi europei in parte esaminati e in parte da esaminare; 2) è una possibilità circoscritta ad alcune tipologie di affidamenti, mentre per le concessioni si tratterebbe di modalità ordinaria di affidamento.

²⁹⁷ Afferma radicalmente la non obbligatoria pubblicazione del bando in un'ipotesi di concessione di servizi pubblici Tar Lombardia, Milano, sez. I, 22 giugno 2011, n. 1622.

²⁹⁸ In merito, però va precisato che nella sentenza n. 2709/2011, cui la più recente si richiama, il Comune aveva bandito l'affidamento richiamando gli articoli 55 e 56 del codice dei contratti. Da questa circostanza, il ricorrente inferiva la necessità che fossero rispettate così anche tutte le altre disposizioni del codice, tra cui l'art. 124 che prescrive per gli appalti sotto soglia la pubblicità del bando nella Gazzetta ufficiale. Di fronte a questa circostanza il Consiglio di Stato ribadisce un principio già noto, ovvero che il richiamo ad una disposizione del codice certamente costituisce un autovincolo per l'amministrazione aggiudicatrice ma non comporta, *ex se*, l'immediata applicabilità di tutte le disposizioni del codice medesimo. La volontà di vincolarsi al rispetto di talune prescrizioni valevoli per gli appalti va pertanto contestualizzata e, in questo caso, è stata interpretata unicamente nel senso che l'amministrazione intendeva servirsi del modello concorrenziale delineato da quelle disposizioni che non prevedono l'invio di alcun invito agli operatori pre-selezionati.

esaminata non emergono elementi che facciano riferimento a questo presupposto essenziale.

VI. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di specificazione dei criteri di selezione e dei criteri di aggiudicazione.

Il principio che si sta esaminando è stato preso in considerazione anche con riguardo ad altro profilo connesso a quello precedente: benchè la sentenza esaminata non si occupasse del problema, altre controversie hanno dato occasione alla Corte di prendere posizione circa la dibattuta legittimità dell'operato della commissione che specifichi i criteri di aggiudicazione e relativi punteggi una volta decorso il termine per la presentazione delle offerte.

Si era osservato in precedenza come il principio di parità di trattamento richieda l'individuazione di tutti gli elementi essenziali in tempo utile per garantire agli offerenti l'opportunità di formulare le domande con adeguata cognizione di causa. Questo di per sé, secondo il giudice europeo, ammette che l'amministrazione possa enunciare per la prima volta alcuni di quei parametri in un momento successivo alla pubblicazione dell'avviso, ma non dice nulla riguardo alla, eventuale, possibilità per la commissione nominata di specificarli o modificarli²⁹⁹.

Vengono in rilievo, anzitutto, due sentenze pronunciate in merito a controversie sorte in materia di appalti, che hanno dato occasione alla Corte di estrapolare dal silenzio sul punto della direttiva applicabile talune regole di rilievo fondate sull'interpretazione dei principi generali in esame³⁰⁰.

²⁹⁹ E sempre che tra le due operazioni possa realmente individuarsi una differenza sostanziale.

³⁰⁰ Così Corte di Giustizia, 24 novembre 2005, C-331/04 Ati Eac Srl e Viaggi di Maio; Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, C-532/06 Consorzio Lianakis.

Nella fattispecie da cui ha tratto origine la sentenza del 24 novembre 2005, C-331/04 *Ati Eac Srl e Viaggi di Maio*, la commissione giudicatrice aveva provveduto a specificare i coefficienti di ponderazione dei sottocriteri, già indicati nel bando, dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande, ma prima dell'apertura delle buste.

Di fronte a questa ipotesi il giudice europeo ha riconosciuto la legittimità dell'operazione a patto che la decisione:

- 1) non modifichi i criteri di aggiudicazione definiti dagli atti di gara;
- 2) non contenga elementi che, se fossero stati noti, avrebbero potuto influenzare la preparazione delle offerte;
- 3) non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

Le tre condizioni sono cumulative e devono essere verificate in concreto dal giudice del rinvio: l'esito negativo di una di esse renderebbe la decisione incompatibile con il diritto europeo³⁰¹. Può, tuttavia, agevolmente considerarsi come l'apertura da parte della Corte di Giustizia ad una diffusa prassi del settore fosse, invero, solo apparente, considerato il rigore pressoché insuperabile delle condizioni prescritte.

Questi minimi spiragli verso una possibile potestà integrativa ad opera della commissione giudicatrice hanno incontrato pochi anni dopo un nuovo giro di vite nella giurisprudenza europea. Difatti, nella fattispecie che ha dato occasione alla pronuncia del 24 gennaio 2008, C-532/06 *Consorzio Lianakis*, il giudice europeo ha fermamente negato la legittimità del verbale della commissione aggiudicatrice con cui aveva fissato i coefficienti di ponderazione dei criteri di aggiudicazione ed individuato ulteriori subcriteri con rispettivi sotto punteggi. Ad avviso della Corte, infatti, se è pur vero che la direttiva appalti sul punto non offre prescrizioni puntuali, il divieto di specificazione o integrazione dei

³⁰¹ Così ai punti 25 ss. la Corte si limita ad enunciare la norma giuridica rilevante per la fattispecie, ma spetta al giudice nazionale contestualizzarla nella controversia che ha occasionato la pronuncia.

parametri di valutazione discenderebbe direttamente dall'obbligo di adeguata pubblicità "letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza"³⁰². E ciò varrebbe, non solo con riguardo al termine di scadenza di presentazione delle offerte ma, ancor di più, in relazione ad un momento in cui la commissione già conosca anche solo l'identità degli offerenti.

Queste pronunce, tuttavia, meritano di essere considerate alla luce di altra sentenza del 18 novembre 2010, Commissione/Irlanda, in occasione della quale la Corte ha espresso una posizione parzialmente differente con riguardo ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi escluso dall'ambito di applicazione delle direttive.

In questa circostanza e dopo aver premesso che³⁰³ l'estensione dell'obbligo di enunciazione delle regole della gara incontra un limite in quanto non espressamente disposto dal legislatore europeo, la Corte ha riconosciuto un certo margine di tollerabilità in termini di trasparenza e parità di trattamento per l'esplicitazione dei coefficienti di ponderazione dei criteri di aggiudicazione.

Di conseguenza, non solo sarebbe astrattamente compatibile col diritto europeo l'enunciazione *ex novo* di quei coefficienti dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma anche la loro modifica³⁰⁴: e ciò in quanto "la ponderazione relativa dei criteri di aggiudicazione [...], da un lato, non avrebbe fornito ai potenziali offerenti, qualora fosse stata loro nota al momento della preparazione delle offerte, informazioni tali da poter influenzare significativamente tale preparazione, e, dall'altro, non ha costituito una modificazione dei criteri medesimi". Anche in questa eventualità, va precisato, la Corte non ammette che le modifiche avvengano quando gli offerenti e/o le offerte siano già stati conosciuti dai commissari: in questa situazione "non è

³⁰² Punto 44.

³⁰³ Punto 43.

³⁰⁴ Nel caso di specie l'amministrazione aveva dapprima specificato i coefficienti con uno schema non previsto dagli atti di gara (adottato dopo il termine di scadenza di presentazione delle offerte) e, successivamente all'apertura delle offerte la commissione giudicatrice aveva modificato alcuni di quei parametri.

necessario dimostrare che [...] abbia prodotto effetti discriminatori nei confronti di uno degli offerenti. È sufficiente a tal riguardo che, nel momento in cui tale modificazione è stata effettuata, non possa essere escluso che essa potesse produrre tale effetto”³⁰⁵. Questa presunzione assoluta muove, difatti, dalla considerazione per cui un’operazione del genere a domande aperte più radicalmente “si risolverebbe nel modificare i criteri in base ai quali il primo esame è stato effettuato”, il che - si è visto - è incompatibile con il principio di parità di trattamento³⁰⁶.

Concludendo, quindi, occorre osservare che i diversi approdi della più recente giurisprudenza europea, benché argomentati sulla base dell’applicabilità o meno della direttiva appalti, invero, evidenziano analogie affatto trascurabili. Difatti, in tutte le ipotesi esaminate, la Corte ha enunciato un principio di diritto muovendo dalla mancanza di apposite norme applicabili e ha tratto la regola del caso concreto estrapolandola dai principi di parità di trattamento e di trasparenza; di conseguenza, delle due l’una: o il giudice europeo ha operato con l’ultima pronuncia un *revirement* oppure ha inteso, impropriamente, enunciare una regola più blanda sul falso presupposto che, trattandosi di appalto escluso, non possa trovare applicazione la medesima enunciazione di principio valevole per le fattispecie sottoposte alla direttiva sebbene dalla stessa non espressamente disciplinate.

³⁰⁵ Punto 63.

³⁰⁶ L’amministrazione ha l’obbligo di attenersi agli stessi criteri di aggiudicazione (e alla medesima interpretazione degli stessi) durante tutta la procedura. Così ai punti 59 e 60 nonché nella sentenza 4 dicembre 2003, C-448/01 Eyn e Wienstrom.

VII. La pubblicità degli elementi essenziali della selezione nella legislazione e nella giurisprudenza nazionale.

Riguardo alla tematica in esame, il comma 3 dell'art. 30 cit. dispone che la scelta del concessionario debba avvenire in seguito alla predeterminazione dei criteri selettivi dei partecipanti. Il dato normativo, tuttavia, non rivela il momento in cui dev'essere data pubblicità ma, tenuto conto delle indicazioni della Corte di Giustizia, va senz'altro confermato che i criteri di selezione dei partecipanti come pure i criteri di aggiudicazione debbano senz'altro essere enunciati con il bando o l'avviso ovvero negli atti complementari³⁰⁷.

Le disposizioni di diritto interno cui si fa anzitutto riferimento sono contenute, da un lato, negli articoli 41, comma 2, e 42, commi 2 e 3, e dall'altro nell'articolo 83 del codice dei contratti e recano la distinzione fondamentale tra i criteri di selezione dei partecipanti ed i criteri di selezione delle offerte. Le prime norme citate fondano, in particolare, la possibilità per l'amministrazione di prescrivere, in base all'oggetto dell'affidamento, i requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziari che gli offerenti devono possedere affinché sia dimostrata la loro potenziale idoneità ai fini dell'esecuzione dell'appalto. Si tratta dei requisiti di qualificazione del contraente e vanno tenuti distinti dagli altri ulteriori parametri fissati dall'amministrazione ai sensi dell'art. 83 cit. e attraverso i quali, una volta selezionati i partecipanti, occorrerà valutare il merito delle offerte da questi presentate.

Entrambi i gruppi di norme richiedono, per gli appalti, la previa determinazione di questi criteri al momento del bando ovvero dell'avviso,

³⁰⁷ Così anche nella lettura giurisprudenziale dell'art. 30 cit. Cfr. *ex multis* Tar Toscana, Firenze, sez. II, 1 luglio 2008, n. 1710.

ma soltanto all'art. 83³⁰⁸ si specifica l'obbligo di indicare in quella sede anche i coefficienti di ponderazione e gli eventuali sub criteri con rispettivi sub punteggi. A tale ultimo proposito, si è visto che la Corte ha invece ammesso che l'amministrazione specifichi i parametri di attribuzione dei punteggi in un momento successivo alla pubblicazione del bando di gara e dei suoi allegati, pur se con le cautele predette. La normativa nazionale, quindi, laddove concerne la specificazione dei criteri di aggiudicazione in materia di appalti³⁰⁹ impone all'amministrazione che l'offerente sia messo in condizione di conoscere i parametri e i punteggi che la commissione, eventualmente, impiegherà per la valutazione delle offerte fin dal primo atto di gara³¹⁰.

Una volta fatte queste premesse, e se non altro per quanto riguarda le concessioni, sembra poter concludere nel senso della non applicabilità della più rigorosa disciplina nazionale in ordine alla enunciazione degli elementi essenziali per la valutazione delle offerte fin dalla pubblicazione del bando o dell'avviso: l'articolo 83 non è richiamato dall'articolo 30 cit., ma neppure può dirsi che enunci regole - espressione del principio in esame - che non siano già state vagliate e interpretate dal giudice europeo, il quale ha ritenuto compatibile una disciplina meno rigorosa³¹¹.

³⁰⁸ Da leggersi unitamente all'articolo 283 del regolamento attuativo del codice d.p.r. 207/2010 collocato nella parte IV relativa ai contratti pubblici relativi a forniture e ad altri servizi nei settori ordinari.

³⁰⁹ L'articolo 83 del codice appalti, in origine era formulato in modo da ammettere invero il ricorso alle specificazioni da parte della commissione, tuttavia in seguito all'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione il legislatore nazionale ha allineato il diritto interno con l'impostazione più severa enunciata dalla Corte di Giustizia fino al 2008.

³¹⁰ Il dettato nazionale recepisce l'art. 53, comma 2, direttiva 2004/18/CE il quale si occupa unicamente dell'obbligo di definire fin dal bando o nel capitolato la ponderazione essenziale di ciascun criterio individuato: non si fa, cioè, menzione dei sub criteri e dei sub punteggi, ma il rinvio deve senz'altro essere riferito pur implicitamente a questi ultimi.

³¹¹ Altra questione, poi, attiene alla necessità di ricorrere alla specificazione dei punteggi e dei sub criteri e sub punteggi quando si guardi il problema sotto il profilo dell'obbligo di motivazione delle scelte della commissione. È noto che, in ordine alle procedure ad evidenza pubblica, è consolidato l'orientamento per cui la trasparenza dell'azione amministrativa garantita in genere da una puntuale motivazione in fatto e in diritto subisca un temperamento legittimo quando i parametri di valutazione (ed il loro valore) sia sufficientemente analitico da delimitare il giudizio della commissione entro limiti minimi e massimi tali da rendere evidente l'iter logico seguito per valutare le offerte. In mancanza, si precisa, sarà obbligatoria la puntuale indicazione delle ragioni che hanno giustificato la determinazione del punteggio. Cfr. Consiglio di Stato, sez., V, 12 giugno 2012, n. 3445; Consiglio di Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2011, n. 222; Consiglio di Stato, sez. V, 3 dicembre

Questa lettura sembrerebbe confermata anche dalla stessa giurisprudenza nazionale come espressa nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197, in merito all'affidamento di un appalto di servizi parzialmente escluso ai sensi della stessa direttiva 2004/18/CE e del codice dei contratti, allegato II B. Nella fattispecie esaminata, l'amministrazione, da un lato, aveva richiamato espressamente gli articoli 41 e 83 cit. e, dall'altro, aveva prescritto nel capitolato speciale la possibilità di ottenere alcuni punti aggiuntivi a fronte del possesso di un certo fatturato maturato nel triennio precedente per prestazioni di servizi analoghi³¹². Così, per un verso, il Consiglio di Stato riconosce l'applicabilità degli articoli menzionati solo in quanto l'amministrazione ha inteso espressamente vincolarsi ad una normativa alla quale, in assenza di esplicito richiamo, non sarebbe stata obbligata.

Per altro verso, e muovendo oltre, viene colta l'occasione per rimarcare la sostanziale differenza - e conseguente divieto di commistione - fra i criteri di prequalificazione e quelli di aggiudicazione. Il requisito "premiato", difatti, atteneva in modo inequivocabile alle caratteristiche soggettive dell'offerente e non anche al merito tecnico dell'offerta da quest'ultimo presentata: aver previsto - sebbene con adeguate forme di pubblicità - dei punti aggiuntivi in sede di aggiudicazione ha significato violare la parità di trattamento tra i partecipanti selezionati, con il risultato di privilegiare non l'offerta oggettivamente migliore ma l'ampiezza del fatturato e così le sole aziende più forti sul mercato. L'orientamento giurisprudenziale nazionale esprime in tal senso un principio che - si vedrà poco oltre - è in linea con i dettami europei in ordine alla *par condicio* degli operatori che, una volta ammessi alla procedura selettiva

2010, n. 8410; Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2010, n. 3806; Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2010, n. 1999; Consiglio di Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8833; Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2007 n. 2355.

³¹² A questo criterio, poi, erano stati attribuiti punteggi diversi a seconda dell'ammontare del fatturato.

Va dato conto delle modifiche intervenute in seguito all'approvazione dell'art. 1, comma 2 *bis*, lett. b), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modifiche dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, che ha statuito l'illegittimità di criteri che impongano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale.

sulla base dei medesimi indici di capacità, devono concorrere sulla base di parametri oggettivi che individuino, a questo punto, solo l'offerta migliore per l'amministrazione.

Va dato conto in questa sede, tuttavia, di un recente temperamento - accolto dallo stesso Consiglio di Stato n. 5197/2012 - alle regole appena viste da parte di una giurisprudenza nazionale volta ad ammettere che, qualora determinate caratteristiche soggettive del concorrente riguardino direttamente l'oggetto del contratto, queste possano essere valutate altresì per la selezione dell'offerta: si tratterà - almeno così è nelle sentenze esaminate - di elementi, pure inerenti a esperienze pregresse, in grado di rivelare la specifica attitudine del partecipante a realizzare il progetto in gara; occorrerà tuttavia verificare a) che questi aspetti soggettivi possano in concreto esaltare il pregio dell'offerta presentata e b) che il punteggio appositamente dedicato non incida in maniera rilevante sulla determinazione di quello complessivo³¹³. Benché prospetti una versione attenuata del divieto di commistione dei criteri, sembra che proprio il rigore insuperabile delle condizioni di ammissibilità, consenta di non ravvisare - negli esiti applicativi - un contrasto tra la recente tendenza nazionale e la *ratio* dei dettami della Corte di Giustizia³¹⁴.

³¹³ Così nella sentenza citata nel testo, al punto 6.1; cfr. inoltre Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 870; Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770; Consiglio di Stato, sez. V, 25 novembre 2008, n. 5808; Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 giugno 2008 n. 5640; cfr. altresì per un riepilogo della problematica oltre che per ulteriori indicazioni giurisprudenziali la Determinazione dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, 24 novembre 2011, n. 7, paragrafo 4.4.

³¹⁴ Tanto più che nel caso esaminato, il giudice nazionale ha escluso che il semplice dato economico potesse "illuminare" l'offerta presentata e che, benché il punteggio massimo riconoscibile ammontasse a soli 4 punti, nella specie si era rivelato determinante ai fini dell'aggiudicazione e, pertanto, doveva ritenersi senz'altro illegittima la clausola del bando che l'aveva previsto.

VIII. Il principio di parità di trattamento, sub specie di non discriminazione nella limitazione del numero dei partecipanti.

Comune a tutte le procedure di affidamento di risorse pubbliche, si è visto, è l'individuazione dei requisiti essenziali ai fini della partecipazione che ciascun candidato offerente deve possedere alla scadenza del termine di presentazione delle domande: in questo modo l'amministrazione aggiudicatrice inizia a delineare il modello di aggiudicatario definendone le qualità imprescindibili. I requisiti di cui si parla possono inerire alle qualità personali del partecipante e sono noti per essere parte, nelle direttive appalti, di quei criteri di selezione qualitativa che preludono all'ammissione alle operazioni di valutazione della commissione aggiudicatrice³¹⁵: la rilevanza di simili disposizioni per il diritto europeo va, difatti, contestualizzata con l'esigenza di favorire la più ampia manifestazione di interesse possibile tra gli operatori degli Stati membri e, quindi, l'obiettivo della massima apertura della concorrenza³¹⁶.

Si dà conto di un orientamento della giurisprudenza europea che qualifica quei requisiti, così come enunciati dalle direttive appalti, come tassativi. Quando cioè si ricada nell'ambito di applicazione di quelle direttive, queste non avrebbero sul punto mero valore ricognitivo, bensì contemplerebbero le uniche cause esclusione degli aspiranti partecipanti che, si potrebbe forse perfino ipotizzare, sarebbero quindi contenute in norme auto applicative.

³¹⁵ Così l'art. 29 direttiva 92/50/CE cit., primo articolo nel più ampio capo rubricato "criteri di selezione qualitativa"; lo stesso art. 24 direttiva 93/37/CE ma anche cfr. art. 45 direttiva 2004/18/CE rubricato "situazione personale dell'offerente" quale prima disposizione della sezione 2, capo VII, rubricata "criteri di selezione qualitativa".

³¹⁶ Così Corte di Giustizia, 26 settembre 2000, C-225/98 Commissione/Francia; Corte di Giustizia, 12 luglio 2001, C-399/98 Ordine degli architetti e altri; Corte di Giustizia, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99 Lombardini e Mantovani; Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99 Universale Bau cit.

Al di là degli spunti di riflessione che queste pronunce - che si esamineranno - offrono in ordine agli appalti, occorre interrogarsi sulle eventuali ripercussioni che dalle stesse derivano di tema di concessioni.

Si prende anzitutto in esame la sentenza della Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, C-538/07 Assitur/Camera di Commercio di Milano, pronunciata in merito ad una controversia tra le parti menzionate in ordine alla presunta illegittima aggiudicazione da parte della seconda di un appalto di servizi di corriere per ritiro/consegna della corrispondenza. L'affidamento, difatti, era avvenuto in favore di impresa collegata ad altra partecipante e, benché la normativa nazionale relativa agli appalti di servizi non disponesse nulla in tal senso, la ricorrente faceva valere l'applicabilità di altra norma, contenuta nella legge relativa agli appalti di lavori, statuente una presunzione assoluta di conoscibilità dell'offerta della controllata da parte della controllante. L'applicabilità della norma, l'art. 10, comma 1 *bis*, l. 109/1994, sostenuta dalla ricorrente e dal giudice³¹⁷ del rinvio, avrebbe determinato l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria e l'affidamento dell'appalto alla ricorrente: dalla lettura della disposizione, si evincerebbe difatti un principio generale che trascenderebbe la materia dei lavori pubblici poiché volta ad assicurare l'indipendenza e la serietà delle offerte. Investita dal dubbio di compatibilità europea di una clausola di esclusione dettata in materia di competenza dell'Unione, la Corte evidenzia in pochi passaggi che:

- 1) l'art. 24, primo comma, direttiva 93/37/CE relativa agli appalti pubblici di lavori, riproduce le stesse cause di esclusione dell'art. 29, primo comma, direttiva 92/50/CE relativa agli

³¹⁷ Il quale riferirebbe non solo di un orientamento giurisprudenziale consolidato nel vigore della legge 109/1994, ma addurrebbe a dimostrazione di quel convincimento la trasposizione di questa norma nell'art. 34 del d.lgs. 163/2006 applicabile a tutte le tipologie di appalti pubblici. La norma, si anticipa, è stata abrogata con art. 3 d.l. 25 settembre 2009, n. 135 e riprodotta nell'art. 38 lettera m-quater d.lgs. 163/2006, recante i "requisiti di ordine generale" che determinano l'esclusione degli offerenti che "si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

appalti di servizi, che attengono unicamente alle qualità professionali degli interessati;

- 2) l'elenco contenuto in quelle disposizioni è considerato tassativo dalla Corte;
- 3) è nella facoltà degli Stati membri mantenere o stabilire, in aggiunta a tali cause di esclusione, norme sostanziali dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti e di trasparenza;
- 4) occorre, tuttavia, che la norma nazionale superi il test di proporzionalità.

Sulla base di queste poche essenziali considerazioni, la Corte ammette la legittimità europea della norma nazionale perché volta a scongiurare forme di collusione tra i partecipanti e tutelare così la parità di trattamento e la trasparenza della procedura di affidamento.

La norma si pone, tuttavia, in contrasto con il principio di proporzionalità laddove non ammette la prova contraria cioè dell'insussistenza di reali minacce per gli obiettivi predetti, ma quel che rileva ai nostri fini è l'enunciazione di principio offerta dalla Corte.

Anche in materia di concessioni, cioè, deve intendersi in via generale riconosciuto allo Stato membro e all'amministrazione aggiudicatrice il potere di dettare cause limitative della partecipazione che esprimano esigenze di garanzia della trasparenza e in generale della parità di trattamento. In particolare, però, la pronuncia esaminata consente di ritenere direttamente applicabile anche alle concessioni di servizi pubblici locali il divieto di partecipare in capo agli offerenti che, in situazione di collegamento o controllo tra di loro, non siano in grado di comprovare

l'indipendenza³¹⁸ e la segretezza degli uni rispetto agli altri in sede di elaborazione di offerte³¹⁹.

Pare legittimo, a questo punto, domandarsi se anche le altre cause di esclusione contemplate dalle direttive appalti debbano considerarsi frutto dell'interpretazione di principi da parte del legislatore europeo. Il dubbio, già suscitato dai pochi cenni alla pronuncia esaminata, sembra alimentato da altre specificazioni dedotte dalla Corte di Giustizia in altra pronuncia del 16 dicembre 2008, C-213/07 *Michaniki*, laddove si riconosce che "l'approccio del legislatore comunitario è stato quello di fissare unicamente cause di esclusione fondate sull'accertamento oggettivo di fatti o di comportamenti propri dell'imprenditore interessato, atti a gettare discredito sulla sua onorabilità professionale o sulla sua idoneità economica o finanziaria a svolgere bene i lavori che rientrano nell'appalto". Questa affermazione va letta, poi, insieme ad altra con cui la Corte ribadisce che la facoltà di integrazione da parte degli Stati membri è limitata solo alla garanzia dei principi di parità di trattamento e trasparenza: il rispetto di questi principi "corrisponde all'essenza stessa" delle direttive appalti e da questo potrebbe desumersi che le cause ivi enunciate non siano altro che la traduzione di quanto strettamente necessario e proporzionato deriverebbe da quei principi³²⁰.

Alle stesse conclusioni sembrerebbe condurre l'esame di altra sentenza del giudice europeo pronunciata il 15 luglio 2010, C-74/09

³¹⁸ La Corte ammette la possibilità di ricorrere agli atti sociali da cui possa evincersi che il regolamento contrattuale dei rapporti individui una certa autonomia della controllata nell'ambito della gestione della propria politica commerciale e delle proprie attività economiche specie nel settore degli affidamenti pubblici.

³¹⁹ L'applicazione del principio, pertanto, rimarrebbe invariata anche quando il legislatore nazionale dovesse decidere di non riferire l'art. 38 codice dei contratti anche alle concessioni di servizi oppure di espungere la norma dal testo dell'articolo.

³²⁰ Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto legittima ma sproporzionata una norma della Costituzione ellenica che inibisce a contrarre con la pubblica amministrazione coloro che operino altresì nel settore dei mezzi di informazione o che siano legati ad altra persona coinvolta in tale settore: l'obiettivo è legittimo perché volto a scongiurare i rischi di frode e corruzione derivanti da una commistione falsata del settore degli appalti pubblici con quello dei mezzi di informazione, di cui peraltro occorre garantire il pluralismo e l'indipendenza. L'eccesso della disposizione risiede nell'assolutezza della presunzione di "incompatibilità dello status di proprietario, socio o azionista principale o dirigente di un'impresa cui venga affidata dallo Stato o da una persona giuridica del settore pubblico in senso lato l'esecuzione di appalti di lavori, servizi e forniture".

Batiments/Berlaymont, in merito ad affidamento di un appalto di lavori di rifacimento di un immobile di proprietà pubblica. In quell'occasione veniva esaminata la compatibilità europea di una norma del bando di gara che richiedeva, a pena di esclusione, che i partecipanti presentassero la prova della domanda di registrazione come imprenditori necessaria, a sua volta, in base alla normativa nazionale belga per l'affidamento di lavori pubblici. Difatti una prescrizione del genere non trova riscontro in alcuna delle cause di esclusione previste dalla direttiva al tempo applicabile: la registrazione tuttavia è conseguibile semplicemente dimostrando il possesso di alcune qualità professionali richieste dalla direttiva ed altre, invece, nuove ed ulteriori³²¹. Quest'ultima considerazione consente alla Corte di "salvare" la clausola del bando laddove sia concepita unicamente come una modalità di attuazione delle disposizioni della direttiva e non sia idonea ad ostacolare né a ritardare la partecipazione dell'operatore³²². Quanto, invece, ai requisiti esorbitanti dalla direttiva, spetterà al giudice del rinvio³²³ verificare che siano dalla stessa consentiti e ciò solo laddove si tratti di cause di esclusione destinate a garantire il rispetto dei principi fondamentali: la tassatività delle disposizioni limitative della partecipazione è derogabile solo laddove trovi integrazione in quei principi che le cause di esclusione stesse si prefiggono di tutelare. Concludendo sul punto, sembra pertanto più corretto riferirsi alla tassatività - non delle cause di esclusione associate ai requisiti di partecipazione - dei principi dai quali attingere per forgiare, ora a livello di normativa nazionale, ora a livello di legge speciale della singola gara,

³²¹ I requisiti indicati anche dalla direttiva sono cioè quelli attinenti alla regolarità contributiva, previdenziale e fiscale, mentre quelli esorbitanti attengono a) all'assenza/presenza di amministratori, direttori o persone munite di poteri di rappresentanza della società che siano interdetti e b) alla disponibilità di risorse economiche, amministrative e tecniche sufficienti a garantire l'osservanza degli obblighi previdenziali e tributari.

³²² Ai sensi del bando, per la tempestività dell'offerta era sufficiente aver presentato la domanda di registrazione, potendosi conseguire il titolo anche in un momento successivo benché entro l'aggiudicazione dell'appalto.

³²³ Contrariamente alla sentenza precedente, qui la Corte non si addentra nel giudizio di compatibilità considerato che gli atti di causa "non forniscono elementi sufficienti ai fini della loro valutazione".

requisiti di partecipazione, e quindi cause di esclusione, non previste dalla direttiva.

IX. Il principio di parità di trattamento, sub specie di tassatività delle cause di esclusione, nel diritto nazionale.

Al fine di contestualizzare gli orientamenti appena esposti nel diritto interno, occorre prendere in esame gli articoli 38 e 46, comma 1 *bis*, del codice dei contratti insieme ai principali punti di approdo raggiunti a tal proposito dalla giurisprudenza amministrativa. L'art. 38 cit., anzitutto, recepisce le disposizioni delle direttive laddove individuano alcuni requisiti soggettivi in presenza dei quali l'aspirante non può accedere alla selezione pubblica: il diritto interno non ha accolto la distinzione fra cause di esclusione obbligatorie e facoltative, assimilandole in un'unica categoria che si presenta sotto questo aspetto più rigorosa di quella europea.

La norma, così come enunciato dalla Corte di Giustizia, individua un insieme di circostanze unicamente di carattere soggettivo in presenza delle quali l'operatore si presume carente di presupposti minimi a dimostrazione della propria affidabilità: il mancato possesso di alcuno di questi requisiti di ordine generale al momento della scadenza dei termini per la presentazione delle domande, obbliga l'amministrazione ad escludere il concorrente dalla valutazione comparativa. Il vincolo inderogabile per l'ente discende proprio da quelle considerazioni estratte dalla giurisprudenza europea che riconoscono valore pregnante all'affidabilità ed integrità dell'aspirante contraente insieme alla necessità di garantire la par condicio dei concorrenti, i quali sono chiamati a trovarsi nelle medesime minime condizioni ai fini della prequalificazione.

Prima di procedere oltre, occorre domandarsi se l'articolo 38 cit. sia o meno applicabile anche alla disciplina dell'affidamento mediante concessione: l'articolo 30 non vi si riferisce testualmente, quindi per rispondere in senso affermativo si dovrebbe riconoscere in quella disposizione la manifestazione positiva dei principi europei in esame.

Si è rivenuta in alcune pronunce l'affermazione secondo la quale “la necessità di produrre la dichiarazione in ordine ai requisiti di cui all'art. 38 [...] trova fonte in una norma inderogabile dell'ordinamento”³²⁴, ovvero che “la disciplina dei divieti di contrarre con soggetti nei confronti dei quali ricorrono le condizioni descritte dalla norma ha natura di principio generale (di ordine pubblico) dei contratti pubblici, il che lo rende applicabile ad ogni fattispecie contrattuale di evidenza pubblica”³²⁵: stando a queste pronunce, pure nell'ipotesi di mancato richiamo esplicito da parte del bando alla disposizione *de quo*, bisognerebbe considerarlo eterointegrato dalla stessa³²⁶ poiché espressione di principi generali comunque applicabili anche alle concessioni di lavori, servizi e forniture.

Si è già avuto modo di rilevare la coerenza di tale assunto con le statuizioni derivate dalla giurisprudenza europea sul punto e, pertanto, entro quei limiti, sembra doversi riconoscere che l'art. 38 cit. sia in effetti applicabile anche alle concessioni di servizi.

³²⁴ Consiglio di Stato, sez., V, 20 aprile 2012, n. 2319, come pure Consiglio di Stato, sez. V, 10 maggio 2012, 2702 punto 6.1.2 nonché Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 19 novembre 2011, n. 1814.

³²⁵ Così Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 26 novembre 2010, n. 2628 punto 4.2.; Tar Campania, Napoli, sez. I, 01 marzo 2010, n. 1206; Consiglio di Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6114.

³²⁶ Si richiamano a tal proposito le considerazioni espresse da Contessa C., *Le regole applicabili alle concessioni di servizi fra peculiarità disciplinari e lacune normative*, nota a Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, in *Urb.app.*, 2010, 12, 1439, dove con riguardo alla non riferibilità ad alcuno dei principi applicabili alle concessioni dell'art. 75 codice dei contratti, l'Autore riconosce che “il principio di eterointegrazione della disciplina di gara può essere invocato solo a fronte di disposizioni le quali siano idonee ad integrare il contenuto necessario ed indefettibile di una determinata tipologia di procedura (con la conseguenza di risultare idonee a governarne lo svolgimento anche laddove il testo della *lex specialis* abbia erroneamente ommesso di menzionare in modo espresso tali disposizioni), mentre - invece - il ridetto principio non può essere evidentemente invocato al fine di postulare l'integrazione della disciplina di gara attraverso l'inclusione di disposizioni che non ne integrano in alcun modo il contenuto naturale, risultando - al contrario - espressamente escluse in base a puntuali disposizioni comunitarie o nazionali (nel caso di specie, l'art. 30 del Codice)”.

Resta da chiedersi, poi, se - in quanto espressione dei dettami europei - l'articolo 38 sia interamente applicabile alle concessioni o meno: potrebbe, forse, obiettarsi che la distinzione contenuta nella direttiva fra cause di esclusione obbligatorie e cause di esclusione facoltative renderebbe riferibili alle concessioni unicamente le prime. Invero, sembra che si possa comunque ritenere che tutte le clausole, in quanto enunciate previamente dal diritto europeo, godano della medesima dignità una volta accolte nell'ordinamento interno: tutte le clausole, cioè, sono espressione di principi generali, sebbene fosse fatto salvo il diritto di ciascuno Stato membro di precisarne le condizioni di applicazione.

Di più, questa conclusione sembrerebbe avvalorata dallo stesso dato testuale di cui all'art. 38, il quale esordisce statuendo che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi,” i soggetti che versino in una delle condizioni di seguito elencate. Il dato letterale si presterebbe ad essere interpretato nel senso di ricomprendere anche tutte le tipologie di concessioni e il mancato richiamo da parte dell'articolo 30, invece, come mero difetto di coordinamento di norme.

In questo senso deporrebbe³²⁷, pure, l'interpretazione fornita dall'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici con la determinazione n. 1/2008³²⁸, in occasione della quale si è affermato che l'estensione al settore degli affidamenti di servizi e forniture³²⁹ delle disposizioni dettate per la raccolta e pubblicità dei dati (comunicati dalle stazioni appaltanti in caso di partecipanti sprovvisti di alcuni requisiti *ex art.* 38) nel Casellario informatico è resa necessaria dalla “interpretazione sistematica delle norme primarie la cui *ratio* è quella di offrire alle stazioni appaltanti tutti

³²⁷ Così pure Rancati D., *Requisiti generali nelle procedure di affidamento di appalti, concessioni e subappalti pubblici: il vademecum dell'autorità di vigilanza*, in *Azienditalia*, 2011, 4, 1.

³²⁸ Del 10 gennaio 2008 relativa al Casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

³²⁹ Prima del Codice e del suo regolamento di attuazione, il Casellario informatico delle imprese qualificate era formato sulla base delle attestazioni trasmesse unicamente in materia di lavori pubblici dalle SOA ai sensi dell'articolo 12, comma 5, del decreto istitutivo d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34.

gli elementi necessari per il corretto esercizio delle procedure di affidamento e delle concessioni di servizi e forniture pubblici, in tema di requisiti di ordine generale”.

Quanto sin qui osservato va letto e coordinato con altra norma del codice dei contratti, ovvero l'articolo 46, comma 1 *bis*, cit. che ha codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione: ai sensi di questa disposizione le stazioni appaltanti non possono escludere alcun offerente per il mancato adempimento di prescrizioni che non trovino fondamento nel codice, nel regolamento di attuazione ovvero in altra norma di legge³³⁰. Vengono, inoltre, sommariamente individuate talune situazioni di incertezza oggettiva in presenza delle quali l'amministrazione, secondo le circostanze concrete, sarebbe legittimata ad escludere l'offerente ma, al di là di questo ristretto ambito, qualsiasi altra prescrizione contenuta nel bando è nulla. Questa disposizione, pur con le notevoli incertezze che ne derivano, trova applicazione in materia di appalti e ricomprende nel suo ambito applicativo sicuramente il mancato possesso dei requisiti di ordine generale di cui si è appena detto, ma pare solo parzialmente riferibile alle concessioni di servizi.

La disposizione, si è detto, codifica un principio di derivazione europea, la tassatività delle cause di esclusione, come esigenza a sua volta fondata sulla parità di trattamento, la trasparenza e la massima apertura del mercato alla concorrenza: tuttavia, l'approccio della Corte mostra aperture verso l'autonomia delle autorità nazionali che ben potrebbero aggiungere (sia in materia di appalti che di concessioni) cause di esclusione ulteriori che siano espressione di quegli stessi principi ora ricordati. Si è osservato come a livello sovranazionale la Corte mostri di comprendere eventuali esigenze di interesse generale alla luce delle quali giustificare ulteriori restrizioni alla partecipazione e vi ponga, quale

³³⁰ E ciò anche in assenza di apposito richiamo nel bando di gara. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900 in ordine alla eterointegrazione di un bando di gara da parte di una norma di legge che prescrive il possesso di una determinata qualificazione per l'impresa affidataria a pena di nullità del contratto: una volta riconosciuto che si tratti di causa di esclusione *ex lege*, il giudice di appello considera esplicitamente indifferente il mancato richiamo della stessa da parte del bando di gara.

ultimo limite quello del rispetto del principio di proporzionalità. In ragione di queste posizioni, l'affidamento di una concessione come di un appalto potrebbe essere modulato non solo sulla base delle cause di esclusione di immediata derivazione europea, ma anche sulla base di scelte normative interne come amministrative dettate volta per volta dagli enti competenti.

Quindi, al di là della riproduzione delle cause ostative secondo le direttive, da un lato, residua un margine di autonomia a favore del legislatore e della pubblica amministrazione e, dall'altro, in entrambi i casi la scelta preclusiva della partecipazione è sindacabile sotto il profilo della proporzionalità³³¹. Rispetto al quadro delineato dall'art. 46, comma 1 *bis*, quanto detto implica che 1) tutte le disposizioni normative ulteriori rispetto a quelle coincidenti col dettato delle direttive sono astrattamente compatibili con il diritto europeo, 2) ciò vale pure per le prescrizioni volute dalle singole pubbliche amministrazioni aggiudicatrici nel bando di gara e 3) che qualora le disposizioni *sub* 1) e *sub* 2) non dovessero giustificarsi alla luce di quei principi ovvero fossero sproporzionate, la conseguenza che ne deriverebbe sarebbe l'annullabilità e non anche la nullità della disposizione.

Emerge così una volontà normativa nazionale che, al di là delle conseguenze in termini di validità delle prescrizioni adottate, resta in ogni caso assoggettata ai dettami della Corte di Giustizia in punto di tassatività delle cause di esclusione e, di conseguenza, pur di fronte a disposizioni di legge o di regolamento è sindacabile per l'eventuale difetto di proporzionalità, a nulla rilevando che si tratti di una fattispecie di appalto o di concessione. In questa ottica si legge Consiglio di Stato, sez. V, 20 settembre 2012 n. 5009, che ha riconosciuto che la possibilità di prescrivere un requisito di partecipazione prevista dallo stesso codice dei contratti implica comunque una verifica in termini di proporzionalità della sua portata restrittiva della partecipazione: l'esigenza di incrementare le

³³¹ Ammettendo, non senza semplificazione, che la causa di esclusione sia sorretta effettivamente da un'esigenza di interesse generale riconducibile ai principi di parità di trattamento e trasparenza.

barriere all'ingresso della selezione deve essere non solo normativamente possibile, ma deve pure essere strettamente funzionale all'interesse pubblico perseguito oltre che ragionevole e necessario.

L'art. 46, comma 1 *bis*, in conclusione, può senz'altro presumere che le cause di esclusione normative siano sorrette da esigenze generali di parità di trattamento e trasparenza ma non potrebbe comunque sottrarle al sindacato di proporzionalità del giudice europeo.

Quanto, poi, al generale divieto per le amministrazioni di prescrivere requisiti ulteriori, non può neppure in questo caso ritenersi prevalente la disciplina nazionale: poiché la Corte ha già desunto dai principi le regole applicabili a questa fattispecie la volontà nazionale non può, almeno in materia di concessioni³³², considerarsi implicitamente integrativa o specificativa in questo senso.

Così, con riguardo ad una concessione di attività di progettazione, costruzione e gestione di un intervento di riqualificazione di un parco cittadino, si è espresso il Consiglio di Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 648, riconoscendo espressamente che l'obbligo di produzione a pena di esclusione del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio per l'esercizio di attività analoghe a quelle affidate è legittimo benché non abbia fondamento normativo, purché risulti proporzionato e non irragionevole³³³.

³³² Va dato conto di un orientamento giurisprudenziale che tende ad ammettere, pure di fronte ad un appalto, che l'amministrazione possa prescrivere cause di esclusioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge. Nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, sez. III, 4 ottobre 2012, n. 5203 l'amministrazione aveva comminato l'esclusione di un partecipante in quanto entro il termine di presentazione dell'offerta non aveva ultimato il versamento della cauzione *ex art. 75* codice dei contratti. Il giudice riconosce che il mancato versamento della cauzione *ex art. 75* non possa essere interpretato *ex se* come causa di esclusione, ma precisa che nulla avrebbe ostato ad una previsione del bando di gara che obbligasse i partecipanti, a pena di esclusione, a quella condizione: in mancanza, l'amministrazione avrebbe dovuto consentire la regolarizzazione del pagamento. Nel senso che la cauzione *ex art.75 cit.* non esprima principi generali ai fini della disciplina di una concessione cfr. pure Consiglio di Stato, sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764.

³³³ Potrebbe poi essere effettivamente proporzionato un requisito di tal genere anche quando l'affidamento presentasse rilievo transfrontaliero, essendo l'amministrazione tenuta al riconoscimento di titolo analogo rilasciato dall'autorità della nazione di origine.

X. Il principio di parità di trattamento ed i criteri di aggiudicazione delle concessioni di servizi pubblici locali.

Una volta definito l'ambito dei destinatari cui la procedura di affidamento si riferisce, l'amministrazione aggiudicatrice deve procedere ad individuare le caratteristiche specifiche che il concessionario deve possedere. Questa operazione, però, presuppone anzitutto che l'amministrazione scelga a monte esattamente il criterio attraverso il quale la selezione garantirà il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico di cui è titolare. Il criterio di aggiudicazione, difatti, racchiude in sé questa scelta di fondo poiché individua le priorità e le esigenze preminenti che attraverso quella selezione l'amministrazione si prefigge di garantire.

È noto che in tema di appalti, le direttive e la giurisprudenza europea riconoscono l'esistenza di sole due strade attraverso cui procedere ad individuare l'ottimo per l'interesse pubblico: l'amministrazione può scegliere di riferirsi ad un solo criterio, e quindi basarsi unicamente sul fattore economico, oppure può riferirsi ad un insieme di elementi che, in combinazione tra loro sulla base di un ordine di importanza prestabilito, consenta di individuare, fra quelle proposte, l'offerta con il miglior rapporto qualità-prezzo. La direttiva 2004/18/CE, in particolare, sin dal primo considerando, sottintende un ampio potere discrezionale in capo all'amministrazione competente chiamata a scegliere a quale di questi due modelli di selezione riferirsi. Ma vanno puntualizzate due cose: anzitutto, le direttive attualmente in vigore si riferiscono a qualsiasi tipologia di prestazioni richieste dall'amministrazione pubblica; in secondo luogo, stando al considerando n. 46, l'essenza stessa dell'alternativa fra i due modelli viene ricondotta al principio di parità di trattamento, *sub specie* di trasparenza ed obiettività,

in quanto unicamente questi due criteri sarebbero in grado di assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza³³⁴.

Se queste considerazioni sono esatte, deve concludersi che sia circoscritta a questi medesimi criteri la scelta dell'amministrazione che intenda affidare una concessione di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Si pone, pertanto, l'esigenza di individuare, se ci sono, elementi in grado di rendere pressoché obbligata per l'amministrazione una opzione piuttosto che l'altra e, superato questo aspetto, chiarire quali siano e che limiti incontri l'amministrazione stessa nell'individuare i profili specifici di cui tenere conto ai fini dell'aggiudicazione.

Il criterio del prezzo più basso individua un modello di selezione basato unicamente sulla convenienza economica delle prestazioni richieste all'operatore; mentre molto più complesso è il modello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Quest'ultimo, difatti, potrebbe definirsi piuttosto "macro-criterio" dal momento che, secondo la definizione del considerando n. 46, si tratta di un contenitore di più criteri che consentano, una volta ponderati, di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta nonché misurare il suo rapporto qualità prezzo: non si tratta di un parametro unico, ma di un modello a geometria variabile a seconda degli obiettivi prefissati dall'amministrazione concedente.

A tal proposito, a far data dalla sentenza della Corte di Giustizia, 20 settembre 1988, C-31/87, Beentjes/Paesi Bassi, quando l'amministrazione intenda percorrere questa strada, l'aggiudicazione deve avvenire sulla base di "diversi criteri variabili secondo l'appalto", nel senso, cioè, che il loro contenuto va determinato in relazione all'oggetto dell'affidamento: questa precisazione, salda nella giurisprudenza europea e riprodotta nelle direttive appalti, chiarisce il primo limite fondamentale

³³⁴ Cfr. varie pronunce della Corte di Giustizia che negano all'amministrazione di scegliere vie ibride: o l'uno o l'altro criterio e, quando opti per l'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre distinguere adeguatamente tra le specifiche tecniche ed i criteri di aggiudicazione che devono, al contrario delle prime, prevedere sempre degli elementi economici da soppesare per valutare in concreto il miglior rapporto qualità prezzo.

alla discrezionalità dell'amministrazione, che deve delineare i parametri di aggiudicazione sulla base delle esigenze di interesse generale sottese alla procedura selettiva.

Con un ulteriore passo avanti e avendo riguardo ai contenuti e alle specifiche caratteristiche dell'oggetto di una concessione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, sembra potersi quasi qualificare come necessario il ricorso al macro-criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dal momento che il postulato di partenza implica l'esigenza irrinunciabile di consentire alla collettività di fruire di quei servizi nelle migliori condizioni qualitative ed economiche, tali che non potrebbero essere garantite dal ricorso al mercato *tout court*, sembra inevitabile che l'ente concedente non si affidi unicamente al criterio del prezzo più basso.

D'altro canto, come accennato ad inizio del paragrafo, l'alternativa tra i due criteri va contestualizzata anche luce della loro generica riferibilità a qualsiasi oggetto di un eventuale affidamento: lavori, forniture o servizi dovranno essere aggiudicati sulla base di questa opzione necessitata, ma sembra che la libertà di scelta di procedere verso l'uno o l'altro criterio debba subire una limitazione proprio in ragione dell'oggetto dell'affidamento e degli interessi pubblici sottesi.

Il concetto di servizio di interesse economico generale, si è visto, implica necessariamente la compresenza degli elementi valutativi menzionati poco sopra affinché siano giustificabili le deroghe alle disposizioni del Trattato che ostacolano il perseguimento di quelle finalità pubbliche preminenti su cui l'Unione non provvede neppure ad indagare oltre l'errore manifesto.

Queste considerazioni, va detto, non hanno trovato riscontro nella ricerca giurisprudenziale sin qui condotta e, pertanto, si riconosce la mancanza di un supporto in tal senso: può tuttavia rilevarsi che non si è rinvenuto neppure argomento di segno contrario.

Muovendo oltre, in considerazione della scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si è detto,

che discende per l'amministrazione l'obbligo di individuare i singoli criteri di selezione che siano connessi con l'oggetto dell'affidamento e, allo stesso, tempo siano resi pubblici con le modalità e nei tempi visti. La specificazione dei criteri in esame è compito assai delicato per l'amministrazione poiché, la Corte lo precisa, occorre che essa identifichi quelle caratteristiche che determinano una valutazione in termini di convenienza e qualità.

In particolare, nella già citata sentenza Lianakis, la Corte ammette che gli elenchi di criteri individuati nelle direttive abbiano, in questo caso, solo valore esemplificativo e che, tuttavia, la libertà dell'amministrazione nella definizione di ulteriori parametri è circoscritta nella sostanza, all'individuazione, cioè, dei soli criteri che siano in grado di mostrare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Non è compatibile con la finalità propria del criterio in esame un bando in cui, ad esempio, si tenga conto unicamente dei profili attestanti l'idoneità e la capacità professionale dell'offerente senza attribuire alcun peso ai profili economici della vicenda. La fattispecie in questione ha dato occasione alla Corte di rimarcare, in particolare, la profonda differenza tra i criteri di aggiudicazione e quelli di idoneità economica, finanziaria e tecnica, detti criteri di selezione qualitativa. L'aggiudicazione della commessa pubblica presuppone l'accertamento dell'idoneità dell'offerente ad eseguire le prestazioni previste, tuttavia si tratta di due momenti distinti nella sostanza: la capacità dell'operatore viene vagliata attraverso la dimostrazione di quei requisiti che sono prescritti a monte e che hanno per oggetto unicamente la prova di quegli elementi di carattere economico, tecnico e finanziario; attraverso il momento dell'aggiudicazione, invece, avviene una selezione basata su criteri variabili³³⁵ in base all'oggetto dell'affidamento con cui si tende a ricavare l'offerta che sia meglio equilibrata delle altre nel rapporto qualità prezzo.

³³⁵ Ciò che non esclude, si è già accennato riguardo alla giurisprudenza nazionale, che in certi casi ci possa essere una coincidenza tra taluni criteri selezione e di aggiudicazione.

Da qui, non solo la declaratoria di incompatibilità di criteri di aggiudicazione unicamente basati su requisiti di ordine tecnico, quanto l'enunciazione di principi generali di parità di trattamento e trasparenza che sarebbero traditi dalla mancanza di chiarezza nella distinzione delle due tipologie di valutazioni.

La trasparenza viene altresì in gioco quando la formulazione degli stessi risulti ambigua o confusa: il momento dell'esternazione del requisito non solo deve definire i requisiti di idoneità in modo che si distinguano dai criteri di aggiudicazione, ma in sè deve garantire a tutti gli aspiranti interessati "ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle [le condizioni] allo stesso modo"³³⁶.

Osservazioni di tal genere hanno giustificato la declaratoria di illegittimità di talune prescrizioni di un bando per la realizzazione di uno studio nell'ambito della costruzione di una stazione ferroviaria. In occasione della sentenza del 12 novembre 2009, C-199/07 Commissione/Repubblica ellenica, la Corte ha difatti esaminato la previsione di una clausola di esclusione automatica preclusiva della partecipazione di uffici/studi stranieri³³⁷ e l'ha considerata illegittima dal momento che la non univocità della disposizione, cui pure fosse sottesa la massima disponibilità al chiarimento, minerebbe la parità di trattamento dei partecipanti, *sub specie* di discriminazione in base alla nazionalità: "non sarebbe conforme a tali principi che una categoria [...] debba rivolgersi [...] per ottenere chiarimenti e informazioni supplementari sul senso effettivo del contenuto di un bando di gara allorché la formulazione di quest'ultimo non lascia alcun dubbio nei confronti di un candidato ragionevolmente avveduto e diligente". Senza dimenticare l'effetto

³³⁶ Cfr Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, C-496/99 Commissione/Cas succhi di frutta, punti 110-111.

³³⁷ Nella specie si escludeva un ufficio o studio o progettista straniero che avesse partecipato nei sei mesi precedenti ad altra procedura di affidamento indetta dal medesimo ente aggiudicatore e che, in quella occasione, avesse dichiarato di possedere qualifiche corrispondenti a categorie di diplomi diverse da quelle richieste da nuovo bando. Si precisa che in questa sede la Corte non ha avuto modo di pronunciarsi sulla compatibilità di una causa di esclusione ulteriore, avendo la Commissione rinunciato a questo motivo di contestazione.

dissuasivo della partecipazione che avrebbero clausole di tal genere, o comunque equivoche, del tutto incompatibilmente con la piena realizzazione della concorrenza su cui si tornerà a breve.

XI. Il principio di parità di trattamento, sub specie di trasparenza ed obiettività, nella scelta del criterio di aggiudicazione delle concessioni di servizi pubblici.

Occorre verificare, a questo punto, se le considerazioni che si sono desunte dalle disposizioni delle direttive quanto ai vincoli per l'amministrazione nella scelta del criterio di aggiudicazione trovino o meno conforto nel diritto nazionale così come enunciato dal Codice dei contratti pubblici ed interpretato dalla giurisprudenza. La disposizione che viene anzitutto in rilievo è contenuta nell'articolo 81, comma 2, il quale precisa che l'opzione deve condurre alla individuazione del criterio "più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto".

Il riferimento alla necessaria pertinenza del modulo di selezione alle caratteristiche oggettive dell'affidamento e, quindi, agli obiettivi di interesse generale che l'amministrazione intende perseguire pare inequivocabilmente, da un lato, confermare l'astratta equipollenza fra l'uno e l'altro criterio e, dall'altro, individuare un limite al potere di scelta dell'autorità competente.

La disposizione è senz'altro dettata solo con riguardo alle procedure d'appalto, ma la derivazione di questa puntualizzazione sembra ancorata immediatamente a quei principi di trasparenza ed obiettività che, stando alla direttiva, fonderebbero gli stessi due criteri di aggiudicazione quali unici contemplabili.

Se, infatti, l'amministrazione potesse indifferentemente scegliere il criterio del prezzo più basso per affidare la gestione del servizio di

refezione scolastica potrebbe, da un lato, richiedere ai partecipanti anche il soddisfacimento di certi imprescindibili livelli qualitativi delle prestazioni offerte e, dall'altro, non riconoscervi alcun pregio in sede di valutazione delle offerte? Si giungerebbe a risultati paradossali, in altri termini irragionevoli e sproporzionati.

Questa lettura non ammette distinzioni tra ipotesi di affidamento di appalti o di concessioni, in quanto fondata unicamente sull'oggetto del contratto che, peraltro, com'è noto non è idoneo a costituire elemento discrezionale tra le fattispecie.

Queste considerazioni sembrano trovare adeguatamente conforto sia nella giurisprudenza amministrativa nazionale che nella lettura interpretativa dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato, per esempio, nella sentenza pronunciata dalla sezione V, 3 dicembre 2010, n. 8408, ha dichiarato l'illegittimità per contrasto con l'art. 81, comma 2, cit., della scelta di aggiudicare secondo il prezzo più basso una gara relativa ad un innovativo processo di digitalizzazione dei sistemi di produzione, visualizzazione, refertazione, archiviazione e trasmissione di immagini radiologiche. Il giudice di appello ha, difatti, riscontrato la profonda contraddittorietà fra i fondamentali aspetti tecnico-qualitativi delle offerte e l'unicità del criterio economico sulla base del quale si sarebbe proceduto alla selezione: di fronte ad esigenze pubbliche fisiologicamente complesse sotto più profili, sarebbe del tutto illogico il ricorso al criterio del prezzo più basso che preclude all'amministrazione la possibilità di considerare l'aspetto qualitativo delle offerte.

Nello stesso senso si pongono le osservazioni dell'Autorità di vigilanza, anch'esse volte a valorizzare i dati oggettivi dell'affidamento statuendo che qualora "l'oggetto del contratto sia oltremodo elementare e standardizzato si giustificherà la scelta del criterio del prezzo più basso; al contrario, qualora l'oggetto del contratto sia più articolato, di talché occorrerà tenere conto di una pluralità di elementi, anche qualitativi, e non solo del prezzo, la scelta dovrà orientarsi verso il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa”³³⁸. E così pure è esplicitamente riconosciuto dalla determinazione del 24 novembre 2011, n. 7, che la congruità necessaria del criterio rispetto all’oggetto del contratto si impone all’amministrazione aggiudicatrice in ragione dei principi fondamentali che regolano l’uso della discrezionalità: la ragionevolezza e la proporzionalità.

Quest’ultimo parametro di legittimità - si vedrà a breve - è mutuato da ciascuno Stato membro dal diritto europeo in tema di restrizioni alle libertà fondamentali sancite dal Trattato, tra cui naturalmente le libertà di libera prestazione dei servizi e di stabilimento: ancora una volta, perciò, il cerchio si chiude e ci riporta all’ordinamento sovranazionale e ai principi fondamentali cui, appalti e concessioni, sono soggetti. Ad avviso di chi scrive, trova giustificazione in queste - poche - considerazioni l’obbligo, a pena di sproporzione, di fare ricorso al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa quando il servizio che si intenda affidare presenti aspetti di rilievo tecnico qualitativo di cui tenere conto perché la finalità di interesse pubblico sia adeguatamente garantita.

Questo, si badi, non significa che non possa esistere in assoluto un servizio da rendersi alla collettività in cui quei profili non siano effettivamente rilevanti, ma solo che - e sarà la quasi totalità dei casi - qualora siano richieste delle particolari capacità o la garanzia di determinati livelli qualitativi delle prestazioni, la scelta dell’amministrazione sarà di fatto obbligata.

In questo senso sembra di doversi interpretare quanto statuito dal Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2012, n. 6132, laddove riconosce che la scelta di ricorrere al criterio del prezzo più basso per l’affidamento

³³⁸ Così la deliberazione del 16 luglio 2009, n. 65. Nello stesso senso cfr. Tar Piemonte, sez. II, 4 gennaio 2011, n. 1, ha affermato che è illogico aggiudicare una gara di appalto con il criterio del prezzo più basso se la stazione appaltante ha deciso di attribuire rilievo agli aspetti qualitativi dell’offerta. La discrezionalità dell’amministrazione, però, incontra un limite nella congruenza e logicità della scelta rispetto alle prestazioni da valutare; pertanto, la scelta del criterio di aggiudicazione va fatta con riguardo a "quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell’oggetto del contratto". Tutto ciò con il duplice fine, da un lato, di selezionare la migliore offerta e, dall’altro, di garantire la qualità delle prestazioni ed il rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità.

della gestione di un impianto sportivo non sia incensurabile quando, per la natura dei compiti attribuiti al concessionario, non siano richiesti particolari requisiti di capacità tecnica e finanziaria, che possono essere - di conseguenza - pretesi solo ove necessari.

XII. Il principio di proporzionalità e la preclusione alla partecipazione.

Quanto appena esposto consente a questo punto di esaminare il limite ultimo alla discrezionalità dell'amministrazione nella predisposizione delle regole dell'affidamento. Il principio di proporzionalità è infatti principio fondamentale del diritto europeo da ben prima della sua immissione esplicita nel Trattato³³⁹ e, relativamente a questo ambito di interesse, si colloca sempre quale ultimo gradino del giudizio interpretativo della Corte di Giustizia alla luce del quale verificare il corretto impiego della discrezionalità rimessa alle autorità nazionali.

Il principio di proporzionalità, che si scompone nella verifica dell'idoneità, dell'adeguatezza e della necessità della decisione posta in essere, trova terreno fertile in quelle scelte normative così come amministrative da cui discendano restrizioni alle facoltà dei destinatari degli effetti di quelle scelte e, per quanto qui rileva, specialmente in ordine alle misure preclusive o disincentivanti della partecipazione.

Sulla scia della fattispecie esposta da ultimo nel precedente paragrafo si riportano alcuni esempi ulteriori che dalla giurisprudenza

³³⁹ Per un recente quadro comparatistico cfr. Buonfino A., *Il <<servitore infedele>>. Notazioni sistematiche sulla proporzionalità delle sanzioni disciplinari tra canone di ragionevolezza e prestigio istituzionale*, in *Dir. proc. Amm.*, 2012, 2, 688 ss. insieme alle note ivi citate.

europea consentono di confermare la piena riferibilità di quelle regole enunciate anche alla materia di concessioni.

Una recente sentenza della Corte di Giustizia, 10 maggio 2012, cause riunite C-357/10 e C-359/10, si riferisce puntualmente a due concessioni di servizi pubblici locali a rilevanza economica da affidarsi rispettivamente per la gestione, accertamento e riscossione di certe imposte per il Comune di Baranzate e, dall'altro lato, per l'accertamento e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e sui diritti sulle pubbliche affissioni per il Comune di Venegono Inferiore. In entrambe le fattispecie, era scaturita l'esclusione di talune partecipanti alla selezione in ragione dell'applicazione di una disposizione nazionale che impone, quando si ricorra all'affidamento dei servizi in oggetto a terzi, che questi - al fine di essere registrati in apposito albo - dispongano di un capitale sociale di dieci milioni di euro interamente versati³⁴⁰. La Corte riconosce che, sebbene questa previsione non implichi alcuna discriminazione degli operatori stranieri, essa si sostanzia tuttavia in una misura disincentivante della libertà di stabilimento e della prestazione di servizi e, di conseguenza, la sua legittimità europea dipende a) dall'essere giustificata sulla base di motivi imperativi di interesse generale e b) che verificato positivamente a), le disposizioni restrittive superino il vaglio della proporzionalità. Nella specifica situazione, la condizione sub a) si presume soddisfatta in ragione dell'esigenza, non meramente economica, di garantire l'amministrazione dall'eventuale inadempimento complessivo di cui la concessionaria diverrebbe titolare in seguito all'affidamento. Quanto al requisito della proporzionalità, invece, la Corte nega la proporzionalità di misure di tal genere che, benché idonee a garantire il risultato prefissato, eccedono di gran lunga quanto necessario per il raggiungimento dello scopo. La possibilità, attraverso la disapplicazione della normativa nazionale, di parametrare la misura del capitale da versare

³⁴⁰ L'iscrizione all'albo è presupposto essenziale dell'affidamento del servizio. L'art. 32, comma 7 *bis*, d.l. 29 novembre 2008, n. 185 convertito successivamente con modifiche, dispone in particolare la misura del capitale necessario ai fini della registrazione e qualifica nullo l'affidamento a soggetti sprovvisti del presente requisito economico.

interamente da parte della società in funzione del valore dei contratti è ritenuta dalla Corte un'alternativa di per sé astrattamente sufficiente ad assicurare l'idoneità e la capacità economica necessaria per l'interesse generale.

Il concetto di stretta funzionalità dei requisiti restrittivi all'oggetto dell'affidamento ai fini del vaglio di proporzionalità è chiaramente enunciato in altra sentenza del 23 dicembre 2009, C-376/08 Serrantoni/Comune di Milano, in merito alla disposizione allora contenuta nell'art. 36, comma 5, d.lgs. 163/2006³⁴¹. La norma nazionale, infatti, vietava la partecipazione contemporanea ma separata alla medesima gara d'appalto dei consorzi stabili e delle imprese di cui si compongono ed era stata applicata ad una fattispecie di gara d'appalto di lavori sotto soglia.

La Corte, pertanto, è stata chiamata a pronunciarsi non sulle disposizioni della direttiva 2004/18/CE, non applicabili alla fattispecie, quanto sui principi generali che dalla stessa discendono quando l'affidamento pubblico presenti il rilievo transfrontaliero di cui si è detto nei precedenti paragrafi. Nella specie, la Corte si è pronunciata anzitutto in termini di incompatibilità della disposizione nazionale rispetto al principio di parità di trattamento - applicandosi solo ad una specifica tipologia di consorzio - ma ha pure riscontrato la palese sproporzione di una clausola di esclusione automatica che, anche se fosse supportata da ragioni giustificative di interesse generale, non ammetta la possibilità alle imprese interessate di provare che le offerte sono state formulate in modo pienamente indipendente, scongiurando così il rischio di alcuna influenza sulla concorrenza fra gli offerenti.

L'obbligo assoluto di esclusione a carico delle amministrazioni, infatti, sarebbe sorretto dall'esigenza di evitare qualsiasi forma di

³⁴¹ La norma è stata successivamente abrogata dalla legge 69/2009. Nella fattispecie, tuttavia, occorre dare conto del fatto che, benché sotto soglia comunitaria, l'appalto in questione è comunque assoggettato alle disposizioni, in particolare della parte II del decreto, nel quale figura l'art. 36 in questione, in quanto non espressamente derogate. La questione, pertanto, attiene alla scelta spontanea del legislatore nazionale di assoggettare queste fattispecie ad una normativa più restrittiva rispetto a quella imposta, non tanto dalle direttive europee quanto dai principi che dalle medesime discendono.

collusione tra imprese unite da simili legami organizzativi ma ciò non toglie che gli effetti disincentivanti oltre che discriminatori che ne derivano siano di gran lunga superiori all'obiettivo di interesse generale: la previsione di una verifica preliminare sarebbe da sola sufficiente a garantire il miglior risultato col minor sacrificio della concorrenza³⁴².

XIII. Ulteriori applicazioni giurisprudenziali dei principi generali di parità di trattamento, trasparenza ed imparzialità: la commissione giudicatrice nelle procedure di affidamento di concessioni di servizi pubblici locali.

La premessa essenziale all'esame delle problematiche che si espongono è che si tratta di argomenti, contrariamente a quanto visto finora, di esclusivo interesse della giurisprudenza nazionale, non essendo state rinvenute pronunce della Corte di giustizia europea a tal riguardo. Ne consegue che tutte le considerazioni che si svolgeranno avranno conosciuto unicamente il vaglio interpretativo del giudice amministrativo italiano, come noto subordinato ai dettami normativi e giurisprudenziali europei in materia di tutela della concorrenza.

Il riferimento normativo utile per esaminare i principali profili che attengono alla nomina della commissione di gara e al suo funzionamento si rinviene nell'art. 84 del codice dei contratti, che ai sensi dell'art. 30 cit. non trova applicazione *tout court* in ambito di concessioni ma, stante il

³⁴² Gli stessi principi si leggono in altra fattispecie di gara d'appalto di lavori, questa volta nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE, ed esaminati da Corte di Giustizia, 18 ottobre 2012, C-218/11 in merito alla previsione del possesso di certi requisiti di capacità economica. Vengono ribaditi concetti già noti e menzionati nel testo, ma in particolare la Corte osserva come il riferimento ad un elemento probante come quello ad una voce specifica del bilancio societario, non ecceda i limiti della discrezionalità rimessa all'autorità nazionale per il solo fatto che è possibile che sussistano differenze in proposito tra le legislazioni dei vari Stati membri.

suo rilievo applicativo e in linea col modulo di indagine seguito finora, induce a domandarsi se non rechi la traduzione normativa di principi generali applicabili anche a queste ultime modalità di affidamento di commesse pubbliche.

Tuttavia, non l'intera disposizione suscita l'interesse della maggior giurisprudenza in tal senso quanto, in particolare, il contenuto del comma 10 nonché, più in generale, l'interpretazione della *ratio* sottesa alla norma da cui discenderebbero certe regole d'azione che la commissione sarebbe tenuta ad osservare a garanzia della trasparenza dell'intera procedura comparativa.

La lettera della norma citata dispone, anzitutto, che “la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte” e in più di un'occasione il Consiglio di Stato ha ribadito che la regola troverebbe fondamento diretto nel principio di trasparenza e, quindi - ipotizzando - nel principio di parità di trattamento dei partecipanti alla gara, poiché sarebbe così scongiurato il rischio di “inaccettabili contatti e collusioni dei candidati con gli stessi commissari”³⁴³. La disposizione, quindi presiederebbe la regolarità del procedimento, impedendo agli aspiranti partecipanti di conoscere nella fase di preparazione delle offerte i nominativi dei commissari, rendendo questi ultimi, così, inavvicinabili e, quindi, non corruttibili; ne seguirebbe, infine, la diretta riferibilità della disposizione anche agli affidamenti non direttamente ricompresi nell'ambito applicativo dell'art. 84 cit., e in particolare, alle concessioni di servizi. Il ragionamento, tuttavia, non convince: non pare infatti che

³⁴³ Così, Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3086 in merito ad una procedura di affidamento del servizio di distribuzione del gas dove la commissione giudicatrice era stata effettivamente nominata prima della scadenza del termine predetto; cfr. nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre 2011, n. 5740, spec. punto 5 dove espressamente si dichiara illegittima la nomina della commissione intervenuta due mesi prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte; così pure Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784, in relazione all'affidamento del servizio di illuminazione votiva laddove, però, il giudice amministrativo, pur riconducendo la disposizione in esame al principio di imparzialità, onde evitare collusioni, ritiene che “siffatta violazione possa costituire un vizio dell'intera procedura solo se la nomina anteriore [...] sia in concreto suscettibile di incidere sulla indipendenza dei commissari e sugli elementi discrezionali delle loro valutazioni”, contribuendo così a confondere ulteriormente e senza giustificazione lo scenario.

questa regola cautelare sia di per sé idonea ad azzerare i rischi predetti, in quanto residuerebbero comunque margini per manovre illecite nell'intervallo tra la scadenza del termine di presentazione delle offerte e l'apertura/valutazione delle offerte tecniche, quando ancora il commissario deve esprimere la propria valutazione imparziale. Sembra piuttosto che il legislatore abbia voluto evitare che nella formulazione delle offerte i candidati orientino le proprie scelte tenendo conto delle esperienze e, più in generale, dei "gusti" dei commissari, così presentando un'offerta appetibile, astrattamente non la migliore in assoluto ma in relazione alla composizione di quella specifica commissione di gara. Questa lettura, certamente discutibile, pare però essere non il portato di un principio generale, che non si riesce ad individuare (trasparenza? Parità di trattamento?), quanto piuttosto di una chiara scelta di politica legislativa. Se così è, non può ricavarsene una regola valevole anche per le concessioni di servizi. La trasparenza dell'esercizio dei compiti della commissione non pare infatti essere assicurata dalla cautela in esame né, d'altro canto, la sua mancata osservanza pare in grado di alterare la *par condicio* tra i partecipanti: difatti, garanzie sufficienti in tal senso - si ritiene - sarebbero assicurate dalla nomina della commissione contestuale alla pubblicazione del bando, quando cioè nessuno dei concorrenti abbia ancora impiegato risorse per la formulazione delle offerte; in questo caso, infatti, tutti avrebbero la medesima possibilità di orientare le proprie scelte tenendo conto della composizione della commissione e, pertanto, nessuno verrebbe avvantaggiato in concreto. Opererebbe, piuttosto, in materia di concessioni un divieto implicito analogo a quello operante per gli appalti di disporre la nomina della commissione durante la decorrenza del termine di presentazione delle offerte, quando cioè già qualche concorrente possa aver presentato la propria domanda e quindi operato delle scelte definitive in merito alla strategia migliore ai fini della aggiudicazione.

Strettamente connessa a quanto sin qui detto è la problematica relativa alle modifiche nella composizione della commissione di gara.

Senza indugiare sulle numerose questioni attinenti alla natura dell'organo, può sinteticamente riportarsi l'opinione giurisprudenziale maggioritaria secondo cui si tratterebbe di un collegio perfetto, destinato a funzionare correttamente solo in presenza del *plenum* dei suoi componenti: da questa qualificazione segue, tuttavia, la necessità di comporre le regole generali che presidono l'attività degli organi collegiali con le esigenze di trasparenza proprie della procedura selettiva.

In particolare, secondo un primo filone giurisprudenziale, apparentemente minoritario, è possibile per ragioni di rapidità e continuità dell'azione amministrativa sostituire in corso di gara i membri della commissione giudicatrice. L'esigenza può nascere, a titolo esemplificativo, da una preesistente ma ignota (al momento della nomina) incompatibilità ovvero da un'impossibilità sopravvenuta legata a problemi di salute di uno dei commissari designati: in simili ipotesi la possibilità di mutare la composizione del nucleo per consentire il prosieguo della procedura comparativa appare soluzione non solo plausibile ma neppure ostacolata in alcun modo da norme o principi di segno contrario. Il Consiglio di Stato, sez V, 3 dicembre 2010, n. 8400 ha dato applicazione al principio in esame nel merito di una vicenda di affidamento in concessione del servizio di fornitura di prestazioni professionali e di gestione di strutture intermedie residenziali, escludendo *in toto* l'immanenza di un principio di tenore contrario.

Unica condizione imposta risiederebbe nell'implementazione della commissione attraverso membri che siano dotati di competenze tali “da poter valutare con sufficiente grado di consapevolezza i contenuti delle proposte sottoposte al loro esame”³⁴⁴.

³⁴⁴ La precisazione richiama immediatamente quanto disposto dall'art. 84, comma 2, del codice dei contratti, laddove impone che la commissione di una gara d'appalto da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia interamente composta da esperti del settore. Tuttavia, il richiamo operato dal giudice amministrativo non risulta affatto riferito alla disposizione predetta, bensì ad un principio generale così come desunto dalla Corte Costituzionale dapprima nella sentenza n. 453/1990 e successivamente confermato nella n. 333/1993 in materia di concorsi pubblici.

Risalendo fin ai principi di trasparenza e di imparzialità, la Corte ha in quelle occasioni riconosciuto che il meccanismo di selezione dei soggetti maggiormente capaci a ricoprire

Secondo un altro orientamento, attualmente maggioritario, sussisterebbe al contrario un principio di immutabilità della compagine giudicatrice, operante, tuttavia, non in assoluto ma a partire dal momento successivo all'apertura delle offerte tecniche. Il fondamento di un principio di tale tenore viene ricondotto senza esitazioni ad esigenze di trasparenza e di tutela della *par condicio* tra gli offerenti, potenzialmente compromesse dal sopraggiungere di soggetti diversi da coloro che hanno già visionato, seppur sommariamente, le offerte tecniche e che potrebbero essere nominati al fine di formare maggioranze precostituite in seno all'organo di valutazione che in quella sede è chiamato ad esercitare il proprio potere valutativo-discrezionale e a segnare le maggiori differenze fra i concorrenti³⁴⁵. Sembra di dover precisare che, dalle pronunce esaminate, non pare evincersi alcuna differenza tra il momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ai fini della sola verifica formale e quello in cui, invece, la commissione svolge le operazioni valutative, prendendo conoscenza dei contenuti delle offerte medesime: il rischio di distorsioni si presenterebbe, così, fin dal primo contatto con le domande. Se così è, tuttavia, sembra poter riconoscere che il medesimo rischio matura, invero, sin dal momento in cui viene svelata già solo l'identità dei partecipanti alla procedura comparativa, ovvero il momento dell'apertura della documentazione amministrativa allegata alla domanda di partecipazione. Pertanto, quanto desunto dalla giurisprudenza amministrativa, e benché consolidato, sembra non tanto la traduzione normativa di un principio generale idonea a tutelare interessi primari,

funzioni pubbliche si riflette anche sulla composizione della commissione giudicatrice. In particolare, ciò implica la necessità che il giudizio tecnico da formulare in merito alle offerte presentate venga svolto da soggetti esperti, non importa se interni o esterni all'amministrazione, in numero prevalente rispetto ai membri non provvisti di medesime competenze.

La forza espansiva della norma individuata dalla Consulta si propaga alle gare per le concessioni e così viene recepita dal Consiglio di Stato nella sentenza citata laddove i membri subentrati vengono ritenuti esperti per il solo fatto che possano valutare "con sufficiente grado di consapevolezza i contenuti delle proposte sottoposte al loro esame".

³⁴⁵ In questo senso, Consiglio di Stato, sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2645, in merito all'affidamento di un appalto di servizi di pulizia di locali di certe amministrazioni pubbliche; così anche Consiglio di Stato, sez. V, 9 novembre 2011, n. 5906, relativamente ad un appalto di servizi di gestione del calore di edifici comunali, che conferma Tar Piemonte, Torino, sez. I, 30 giugno 2011, n. 711.

quanto una discutibile scelta di compromesso: non sfuggono, infatti, le difficoltà pratiche che possono in tal senso porsi alle amministrazioni aggiudicatrici meno previdenti, ma l'unico adempimento effettivamente in grado di garantire la parità di trattamento degli offerenti sembra essere soltanto l'anticipazione del limite temporale invalicabile al momento della pubblicazione del bando/avviso. A ben guardare, poi, la situazione appena descritta non è così differente da quella relativa alla nomina della commissione poco sopra esaminata, ove si consideri che nel concetto di modifiche ricadono tanto operazioni di implementazione quanto di sostituzione e riduzione della compagine collegiale che, in sostanza, si traducono nella costituzione di una nuova commissione giudicatrice pur quando residuino membri originariamente nominati. In tal senso, forse, potrebbe essere utile e adeguata la contestuale nomina, fin dalla pubblicazione del bando, dei membri titolari e di quelli supplenti cui ricorrere in ipotesi di incompatibilità o impossibilità dei primi.

Muovendo oltre, occorre a questo punto soffermarsi su una delle tematiche più discusse in merito ad uno dei primi adempimenti della commissione giudicatrice, ovvero le garanzie essenziali di trasparenza da assicurare al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche. L'interesse della giurisprudenza è risalente ed è sorto principalmente con riguardo all'affidamento di appalti, considerata l'assenza di apposita norma recante precise indicazioni di pubblicità al pari di quanto disposto, invece, per le operazioni di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica³⁴⁶. Era dubbio, difatti, se la mera apertura delle offerte tecniche, onde verificare il contenuto dei singoli plichi presentati dagli offerenti, dovesse avvenire in seduta pubblica ovvero in quella - pacificamente - riservata in cui la commissione procede alla valutazione dei contenuti delle stesse ed all'attribuzione dei relativi punteggi. I contrasti giurisprudenziali mai

³⁴⁶ Così, gli artt. 64, comma 5, e 67, comma 5, e 91, comma 3 d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ed ora artt. 117, 119, comma 6, 120, comma 2, d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici.

sopiti sono stati recentemente composti dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 28 luglio 2011, n. 13, chiamata a risolvere la questione insorta nell'ambito di una gara per l'affidamento di un appalto di gestione di taluni impianti strumentali al servizio di smaltimento dei rifiuti. Nella specie, la controversia originava da apposita previsione del bando di gara che imponeva alla commissione di aprire i plichi delle offerte tecniche in seduta segreta, e a tal proposito il giudice amministrativo ha statuito che:

a) la mancanza di apposite norme di legge a sostegno della pubblicità della seduta non è di per sé sufficiente ad argomentare circa l'assenza di un obbligo del genere, occorrendo piuttosto "verificare se tale conclusione sia compatibile con un riscontro di ordine sistematico condotto alla stregua dei principi [...] e in particolare quello di pubblicità";

b) quest'ultimo principio è radicato nel diritto comunitario, specie negli artt. 2 direttiva 2004/18/CE e 10 direttiva 2004/17/CE nonché nell'art. 2 del codice dei contratti che le recepisce;

c) al fine di interpretarne correttamente il contenuto precettivo, occorre anzitutto distinguere il momento dell'apertura dei plichi dalla successiva operazione di valutazione delle offerte ivi contenute, con riferimento alla quale non v'è dubbio che, di fronte alla natura tecnico discrezionale di queste ultime operazioni³⁴⁷ occorra procedere segretamente;

d) con riferimento al momento della verifica formale, costituisce corretta interpretazione dei principi generali predetti che la verifica dell'integrità dei plichi non si esaurisca nella mera constatazione che gli stessi non abbiano subito manomissioni o alterazioni "ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara";

e) così che, da un lato, ai concorrenti sia garantita la parità di trattamento, potendo ciascuno "effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere la garanzia che non siano

³⁴⁷ Va chiarito quanto prima si è solo accennato, ovvero che queste considerazioni presuppongono che il criterio di aggiudicazione della gara sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

successivamente intervenute indebite alterazioni”, e, dall’altro, sia assicurata la trasparenza e l’imparzialità dell’azione amministrativa;

f) tale operazione, pertanto, come per la documentazione amministrativa e per l’offerta economica, deve essere presidiata dalle medesime garanzie di pubblicità e, allo stesso tempo, deve esaurirsi nel mero riscontro degli atti prodotti con conseguente lettura del titolo relativo e verbalizzazione dello stesso.

Le conclusioni raggiunte dall’Adunanza plenaria³⁴⁸ muovono, quindi, dalla lettura dei soli principi generali cui sottostanno tutti i contratti pubblici e, di conseguenza, sono stati assimilati ed applicati anche dalla giurisprudenza successiva non solo con riferimento ad ipotesi di appalti pubblici³⁴⁹, ma anche a fronte di affidamenti di concessioni di servizi pubblici. In particolare, hanno ragionato in termini di principi generali il Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6127, in ordine alla gestione del servizio di distribuzione del gas metano,

³⁴⁸ La declaratoria di illegittimità della clausola del bando di gara sarebbe idonea a travolgere l’intera gara con obbligo di rinnovazione integrale della procedura da parte dell’amministrazione aggiudicatrice. A tal riguardo occorre almeno menzionare i due principali profili problematici della vicenda ovvero: 1) la possibilità di conservare gli atti prodotti e, quindi, procedere solo alla rinnovazione parziale della procedura e 2) chiarire quale debba essere la composizione della nuova commissione. Con riguardo alla specifica ipotesi dell’annullamento di un illegittimo atto di esclusione di un partecipante, si è pronunciata recentemente l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 26 luglio 2012, n. 30 in ordine ad un’ipotesi di concessione di servizi di sicurezza aeroportuale. In particolare i giudici amministrativi hanno riconosciuto che, nell’ambito di affidamenti di contratti pubblici retti dal criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, svariati principi generali, e *in primis* quello del “giusto processo”, renderebbero doverosa la sola rinnovazione parziale della procedura e, così, unicamente l’esame dell’offerta indebitamente scartata, tenendo ferme le operazioni valutative delle altre offerte presentate: affermare che dopo il giudicato favorevole “debba aprirsi una fase di presentazione di nuove offerte [...] significa mutare l’interesse finale riconosciutogli [al ricorrente] in sede giurisdizionale in un evanescente interesse strumentale alla partecipazione ad una gara sostanzialmente nuova”. Senza soffermarsi oltre, va considerato che queste conclusioni sono ricondotte dal giudice amministrativo a principi diversi da quelli europei e propri dei contratti pubblici, con la conseguenza che essi varrebbero per ragioni fatte proprie dal diritto nazionale per qualsiasi tipologia di affidamento di commesse pubbliche. Diverso, benché consequenziale, è invece per l’ulteriore affermazione di principio enunciata dalla Plenaria in merito alla composizione della commissione chiamata ad esprimersi sull’offerta pretermessa: sarebbe obbligatorio ricorrere alla medesima compagine in virtù della necessaria parità di trattamento delle offerte/offerenti che devono essere valutati dal medesimo collegio.

³⁴⁹ Cfr. ad esempio Consiglio di Stato, sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866 in ordine all’affidamento del servizio di archiviazione delle cartelle cliniche in possesso di alcune ASL.

condividendo la soluzione appena vista³⁵⁰ e così pure, da ultimo, il Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2013, n. 8.

Suscita pure interesse un'altra pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 174, in merito all'affidamento di un appalto di servizi di pulizia di edifici universitari: pur concernendo un'ipotesi disciplinata dal codice dei contratti, la fattispecie non ricadeva *ratione temporis* nell'ambito di applicazione del regolamento attuativo cui si attingono le regole di pubblicità esaminate, ciò che consente di evidenziare che le conclusioni - condivise pure in questo caso - valevoli per le offerte tecniche, troverebbero il medesimo fondamento anche per l'apertura della documentazione amministrativa e dell'offerta economica, qualora mancasse apposito fondamento normativo anche con riguardo a queste ultime.

I principi enunciati dalla Plenaria 13/2011, evidentemente, sono impermeabili ai mutamenti delle scelte del legislatore il quale, tuttavia, recentemente³⁵¹ ha accolto la regola enunciata dalla giurisprudenza, traducendola in norma regolamentare all'art. 120, comma 2, del d.p.r. 207/2010 cit. di attuazione del codice dei contratti pubblici e prescrivendo, quindi, che la verifica della regolarità documentale debba avvenire in seduta pubblica.

Da ultimo, ancora a tutela dell'imparzialità e della parità di trattamento degli offerenti, grava sulla commissione un obbligo di segretezza delle offerte economiche finché non siano ultimate le procedure valutative delle offerte tecniche. Come già visto a proposito del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di aggiudicazione, i medesimi principi impongono di preservare lo scrutinio della commissione da indebite commistioni di elementi tra loro intrinsecamente diversi e che necessitano di una valutazione scevra da condizionamenti: la conoscenza di profili economici dell'offerta

³⁵⁰ Nella specie, si osserva, il giudice amministrativo ha ritenuto espressamente non applicabile alle concessioni il dettato dell'art. 84 cit.

³⁵¹ Modificando il regolamento di attuazione del codice dei contratti n. 207/2010, con l'art. 12, comma 1, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, successivamente convertito con modificazioni in l. 6 luglio 2012, n. 94.

quando ancora si debbano attribuire i punteggi per il suo pregio tecnico è idonea potenzialmente ad alterare il giudizio del collegio. Si intuisce, difatti, la possibilità che l'appetibilità sotto il profilo della convenienza non corrisponda sotto il profilo della valenza tecnica e che la mancanza di rigore nel tenere separati i due momenti della valutazione rischierebbe di avvantaggiare proposte qualitativamente meno adeguate ovvero le offerte dei concorrenti più forti sul mercato in grado di sostenere ribassi maggiori. In questo senso, si è espresso il Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2012, n. 5121³⁵², in merito all'affidamento di una concessione del servizio di mensa scolastica per le scuole di un dato territorio comunale disciplinato da un bando di gara che, ai fini della ponderazione dell'offerta tecnica, prescriveva l'attribuzione di alcuni punti aggiuntivi in presenza di fondi di sponsorizzazione di progetti comunali riferiti ai servizi scolastici in generale. Il ricorso ad un criterio simile ha determinato "l'introduzione di un elemento sintomatico della 'vantaggiosità' economica dell'offerta [...] con la conseguente possibilità che l'esercizio del potere discrezionale della commissione di gara possa essere stato in qualche modo 'influenzato' dalla preventiva acquisizione di elementi che nulla hanno a che vedere con l'aspetto qualitativo delle offerte tecniche": ciò che importa, ai fini dell'alterazione della regolarità della selezione, è il solo rischio di inquinamento dei giudizi³⁵³ e non anche la rilevanza in concreto di quell'elemento anticipatamente

³⁵² Cfr. nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, 10 agosto 2011, n.4756 inerente ad un affidamento di appalto di servizi di illuminazione pubblica nel cui ambito era dichiarata legittima, in virtù del principio generale predetto, l'esclusione (peraltro anticipata da apposita clausola del bando) di un'offerta per l'aver inserito nella busta dell'offerta tecnica indicazioni relative ai prezzi; cfr. altresì Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6509 e Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217.

³⁵³ Non può non osservarsi criticamente come le medesime problematiche si pongano inevitabilmente anche nella fattispecie decisa dall'Adunanza plenaria 30/2012 e poco sopra riportata. Difatti, quando si ammetta l'obbligo di rinnovazione parziale dell'operato della commissione e, in particolare, si imponga alla medesima di aggiungere ai giudizi ormai svolti la valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, di fatto si ammette che il collegio giudichi un concorrente avendo già cognizione degli elementi economici delle offerte degli altri partecipanti. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato reputa i principi generali di contestualità delle operazioni di valutazione e di segretezza come recessivi rispetto al principio processuale del giusto processo e quindi sacrificabili: il precedente lavoro della commissione garantirebbe invero la *par condicio* dei concorrenti assicurando l'omogeneità dei giudizi, ciò che si pone in netta contraddizione con quanto appena esposto nel testo e che non può condividersi.

conosciuto ai fini dell'aggiudicazione³⁵⁴.

³⁵⁴ Nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2013, n. 10.

Conclusioni

Lo studio condotto, si crede e pur con i suoi limiti, ha posto in luce alcuni facili quanto comuni equivoci sottesi alla disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Gran parte di questi fraintendimenti sembra, allo stesso tempo, poter essere privata del suo significato, ricorrendo ad una onesta lettura del diritto europeo da cui siamo chiamati ad attingere le nozioni fondamentali, fin da quella stessa di "tutela della concorrenza", eppure il nocciolo duro della questione resta ancorato altrove.

La carenza di una disciplina positiva della procedura di affidamento rende arduo quanto inevitabile il compito dell'interprete, chiamato a dedurre dalla giurisprudenza europea e nazionale il significato normativo dei principi cui le concessioni si riferiscono e che obbligatoriamente devono guidare le scelte delle autorità nazionali. Questo percorso ha incontrato, recentemente, una manifestazione di volontà di matrice europea decisa a porre argini più sicuri a questa opera interpretativa e, talvolta, manipolativa dei principi europei attraverso la presentazione di una proposta di direttiva che, qualora dovesse trovare approvazione da parte del Parlamento e del Consiglio, determinerebbe l'introduzione di un'apposita normativa "sull'aggiudicazione dei contratti di concessione".

Già nel secondo capitolo si è dato conto di alcuni profili che emergerebbero dalla proposta, sebbene senza riferire nulla riguardo alle procedure di affidamento e alle regole fondamentali che devono governare la fase di evidenza pubblica. Alcune delle problematiche che possono porsi in tal senso sono state invece oggetto di esame ed ipotesi nel capitolo successivo e, pertanto, sembra utile ripercorrere qui brevemente le disposizioni fondamentali della emananda direttiva, che pongono a tal riguardo soluzioni esplicite.

Una premessa fondamentale va posta: la direttiva ricomprende nel suo ambito applicativo unicamente le concessioni di lavori, servizi e forniture che

superino la soglia dei cinque milioni di euro. Vigono, inoltre, taluni obblighi in termini di pubblicità per quelle procedure il cui valore sia stimato in un ammontare pari o superiore (e comunque entro la soglia predetta) ai due milioni e mezzo di euro: il presupposto della scelta risiede in una valutazione *ex ante* della rilevanza dell'affidamento per il mercato interno, così confermando che il parametro del valore della concessione è elemento idoneo - benché non unico - a rivelare il presupposto essenziale perché possa trovare spazio il diritto europeo della concorrenza. Si tratta, quindi, di una valutazione che conferma gli approdi già raggiunti dalla giurisprudenza e che fa salvi gli altri elementi che la Corte di Giustizia reputa in ogni caso idonei a palesare il rilievo transfrontaliero dell'affidamento e che spetta all'amministrazione ovvero al giudice del rinvio argomentare: la disposizione della direttiva, cioè, presuppone un giudizio positivo per gli affidamenti di un certo valore, lasciando inalterata la doverosità di una valutazione caso per caso quando quella soglia non sia oltrepassata.

Ulteriore conseguenza della limitazione dell'ambito di applicazione della direttiva è la piena riesplorazione di tutti i principi europei per gli affidamenti esclusi eppure rilevanti nel senso appena visto: il quadro normativo in questi casi è il medesimo del momento attuale e, di conseguenza, i quesiti aperti e le problematiche accennate nel corso dell'ultimo capitolo conserverebbero il proprio rilievo anche di fronte ad una definitiva approvazione del testo che si esamina.

Quanto alle disposizioni ossequiose del principio di pubblicità, viene anzitutto in rilievo l'obbligo di pubblicazione di un bando ovvero di un avviso di selezione sulla Gazzetta dell'Unione europea, previa apposita comunicazione alla Commissione: si tratta di adempimento essenziale a meno che, a condizioni invariate, si sia reso necessario l'espletamento di nuova procedura di affidamento in ragione 1) della presentazione, in una precedente gara, di offerte irregolari, tardive, incomplete, anormalmente basse ovvero provenienti da soggetti privi delle qualifiche prescritte nonché in ragione 2) dell'assenza di altro operatore economico in grado di fornire i lavori e i servizi richiesti dall'amministrazione ovvero 3) dell'aver previsto, con il primo bando di

selezione, l'eventuale occorrenza di lavori e servizi aggiuntivi e meramente ripetitivi di quelli affidati.

La previsione di questo adempimento sembra lasciare inalterate le ipotesi formulate in precedenza: non pare cioè che pure di fronte al rilievo europeo di un affidamento sottosoglia la pubblicazione sulla Gazzetta dell'Unione costituisca l'unica misura idonea a fornire adeguatamente notizia della selezione, occorrendo una valutazione basata sulle circostanze specifiche.

L'obbligo pubblicitario previsto dalla direttiva è altresì soddisfatto quando gli elementi individuati negli allegati IV-VI siano indicati nel contesto di un modello predisposto dalla Commissione e trasposti fedelmente nei bandi o avvisi pubblicati successivamente a livello nazionale, adempimento quest'ultimo a discrezione delle autorità interne.

È dato atto, altresì, dell'obbligo di indicare sin dal primo atto di avvio del procedimento tutte le informazioni essenziali ai fini della selezione: andranno così indicati in quella sede i requisiti di partecipazione, le specifiche tecniche nonché i criteri di aggiudicazione e, ove si tratti di quello del miglior rapporto qualità-prezzo, andranno in quella sede specificati pure i coefficienti di valore da attribuire a ciascun parametro di valutazione dell'offerta. Le disposizioni confermano la linea interpretativa più rigorosa della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di appalti ricompresi nell'ambito delle direttive, ma non possono trovare immediata applicazione per le concessioni escluse come pure per gli appalti sottosoglia ovvero quelli dell'allegato II B della direttiva 2004/18/CE: la riconducibilità dell'integrazione del bando di gara entro un certo limite di tempo ai principi generali segna la prevalenza di quella giurisprudenza più recente su una normativa in principio inapplicabile.

Altra considerazione va formulata con riguardo al ribadito divieto di commistione tra condizioni di partecipazione e criteri di aggiudicazione: le disposizioni contenute agli articoli 36 e 39 enunciano la differenza sostanziale fra condizioni soggettive e condizioni oggettive della selezione, ma sembrano ammettere almeno un'ipotesi di interazione tra le due.

In particolare, all'art. 39, par. 4, lett b), è riconosciuta alle autorità nazionali la possibilità di includere tra i criteri opportuni per definire l'offerta

economicamente più vantaggiosa anche l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale incaricato dell'esecuzione della concessione: si tratta all'evidenza di elementi che attengono al soggetto partecipante che, tuttavia, in linea con la giurisprudenza nazionale di cui si è detto, è possibile che presentino una concessione oggettiva con l'affidamento. A differenza degli orientamenti nazionali, tuttavia, la deroga al divieto predetto ha carattere puntuale e non richiede né è subordinata al soddisfacimento di ulteriori condizioni, quale - ad esempio - la valutazione della sua rilevanza in concreto ai fini dell'aggiudicazione.

Quanto poi alle cause di esclusione, la direttiva individua due elenchi di requisiti: un primo elenco all'art. 36 paragrafo 5 indica una serie di ipotesi di esclusione obbligatorie; un secondo elenco, al paragrafo 7, invece, riconosce discrezionalità agli Stati membri circa la possibilità di escludere operatori che 1) abbiano commesso altre gravi violazioni di norme nazionali e/o europee volte a tutelare interessi pubblici compatibili col Trattato, 2) siano oggetto di una procedura di insolvenza o di liquidazione o situazioni connesse a tali procedure, 3) abbia evidenziato gravi e persistenti carenze nel rispetto di requisiti sostanziali nell'ambito di precedenti e simili concessioni con la medesima amministrazione aggiudicatrice. Agli Stati membri è, in particolare, consentito di specificare tutte le condizioni indicate dalla norma, ciò che sembrerebbe, anzitutto, sottintendere un riferimento ai principi generali di parità di trattamento e di proporzionalità quali criteri guida del potere di scelta. Il richiamo implicito all'esigenza di ancorare qualsiasi restrizione alla concorrenza ad un effettivo e circoscritto interesse generale ci consentirebbe, a questo punto, di ribadire i quesiti già posti nell'ultimo capitolo circa la tassatività (*rectius*, immodificabilità) delle clausole enunciate e, poi, circa i limiti cui le autorità nazionali devono sottostare.

Il dato letterale dell'emananda direttiva offre, in particolare, uno spunto di riflessione interessante: si precisa, infatti, che le autorità possono solo "specificare" le condizioni di applicazione previste dall'art. 36. La norma sembrerebbe così confermare che, in via generale, le cause di esclusione prevedibili trovino esplicita menzione nella direttiva, ma sembrerebbe istituire

altresì un vincolo di pertinenza con riguardo ad eventuali ulteriori cause di esclusione delineate dalle autorità nazionali. Si dovrebbe, cioè, ammettere - come già visto nell'ultimo capitolo - che queste ultime possano integrare l'elenco delle cause di esclusione con altre che siano espressione dei principi generali menzionati, ma ciascuna di esse dovrebbe comunque costituire applicazione di quanto già disposto dall'art. 36. Si ricadrebbe, così, solo in parte nelle conclusioni ipotizzate nell'ultimo capitolo perché, benché sia ammessa l'integrazione dell'elenco in base ai medesimi presupposti, l'esercizio di questa discrezionalità dovrebbe invero limitarsi ad una specificazione delle circostanze cui si riferiscono le cause di esclusione esplicitate dalla direttiva.

Relativamente al diritto nazionale, poi, dovrebbe riconsiderarsi il rapporto tra quanto previsto dall'apposita direttiva sulle concessioni, quanto invece dettato dalla direttiva in materia di appalti e successivamente esteso dal legislatore nazionale con il codice dei contratti anche alle concessioni di lavori, servizi e forniture.

Il problema di coordinamento si pone certamente non con riguardo alle cause di esclusione coincidenti, ma relativamente a quelle (numerose) ulteriori enunciate dall'art. 38 del codice dei contratti, che non trovano riscontri nelle direttive oppure ne trovino unicamente con riguardo alla direttiva appalti. Alla luce della nuova emananda normativa, nulla farebbe divieto al legislatore nazionale di prescrivere nuove cause di esclusione - oltre che eliminare la differenza tra quelle obbligatorie e facoltative - ma occorrerebbe sottoporle a puntuale verifica al fine di comprendere se, singolarmente, esse 1) siano espressione dei principi generali esaminati e 2) si limitino a specificare i requisiti prescritti dalla direttiva sulle concessioni oppure esulino dal loro oggetto.

A queste considerazioni così sinteticamente esposte dovrebbero aggiungersene delle altre, connesse con diverse disposizioni ed ulteriori problematiche, se non fosse che allo stato attuale esse hanno ancora una consistenza troppo incerta e, se anche trovassero consolidamento in un nuovo testo normativo, meriterebbero tutt'altro approfondimento.

Concludendo, pertanto, a chi scrive pare che la materia offra, oggi più che mai, margini di indagine sostanzialmente inesplorati, che richiamano l'attenzione degli studiosi avvezzi ad un confronto con una produzione normativa sovrabbondante e, comunque, sempre insufficiente ad occuparsi degli innumerevoli profili della disciplina dell'affidamento delle concessioni di servizi pubblici locali rimessi all'applicazione dei principi generali del diritto europeo.

Bibliografia

Alessi R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati: teoria generale*, Milano, 1946.

Alessi R., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, IV ed., 1978.

Bertonazzi L. – Villata R., *I servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti M. – Greco G., Milano, 2007, 1793.

Bertonazzi L., *La disciplina del trasporto pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di Villata R., Torino, 2011, 433.

Bin R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988.

Brogi E., *Liberalizzazione e servizio universale: l'esperienza statunitense*, in Zaccaria R., *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello G., 431.

Bruti Liberati E., *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu G., Romano A., Spagnuolo Vigorita V., Milano, 1995, 151.

Buonfino A., *Il <<servitore infedele>>. Notazioni sistematiche sulla proporzionalità delle sanzioni disciplinari tra canone di ragionevolezza e prestigio istituzionale*, in *Dir. proc. Amm.*, 2012, 2, 671.

Caia G., *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali: quadro generale e comparativo*, in *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali*, a cura di Sanviti G., Bologna, 1995, 56.

Caia G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in Mazarolli L.- Pericu G.- Romano A.- Roversi Monaco F.A.- Scoca F.G., *Diritto amministrativo*, vol II, Milano, 2005, 149

Caia G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, Milano.

Carluccio P. – Finocchi Ghersi R., *Servizi pubblici di rilevanza economica: illegittimità della reintroduzione della disciplina abrogata con referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10, 986.

Cartei G.F., *Il servizio universale*, Milano, 2002.

Cassese S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti M.P. - Greco G., Milano, 2007, 1.

Cattaneo S., *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, 1990.

Cintioli F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in *www.giustamm.it*, 2010, 6.

Cintioli F., *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, 2012.

Civitarese Matteucci S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.

Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181.

Cocimano G., *L'illegittimità costituzionale dei limiti all'in house nei servizi pubblici locali*, in *Urb.app.*, 2012, 1139.

Contessa C., *Le regole applicabili alle concessioni di servizi fra peculiarità disciplinari e lacune normative*, in *Urb.App.*, 2010, 1437.

Corso G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. Quadr. Serv. Pubbl.*, 1999, 1.

D'Alberti M., *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

D'Alberti M., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma.

- D'Antonio S., *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di Mangiameli S., 2008, 109.
- D'Aries C.-Nonini A., *I servizi pubblici locali: la parola alle regioni e agli enti locali*, in *Azienditalia*, 2004, 11, 691.
- De Gioia V., *I servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative dell'art. 117 della Costituzione*, in *Urb. app.*, 2004, 12, 1392.
- De Pretis D., *I principi del diritto amministrativo europeo*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di Renna M.-Saitta F., Milano, 2012, 41.
- De Valles A., *I servizi pubblici*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, IV.
- De Valles A., *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Dir. e Giur.*, Napoli, 1912, 73.
- Delsignore M., *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di Villata R., Torino, 2011, 9.
- Dugato M., *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 2, 218.
- Dugato M., *I servizi pubblici locali*, in Cassese S., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2583.
- Dugato M., *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 121.
- Forti U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, 369.
- Gallucci C., voce *Servizi pubblici locali*, *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1999.
- Giannini M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.
- Giannini M.S., *Profili giuridici delle municipalizzazioni, con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953, 611.

- Goisis F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, 703.
- Goisis F., *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di Villata R., Torino, 2011, 245.
- Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, I., Milano, 1998, 206.
- Guicciardi E., *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova, 1936.
- Gullo F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.
- Ingratoci C., *L'accesso all'infrastruttura ferroviaria e gli obblighi di servizio pubblico*, in *Codice dei trasporti*, a cura di Tullio L.- Deiana M., Milano, 2011.
- Ledda F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo: contributo ad uno studio dei cd contratti di diritto pubblico*, Torino, 1964.
- Leggiadro F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb.app.*, 2000, 10, 1061.
- Lottini M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2005, 1351.
- Mantellini G., *Lo Stato e il codice civile*, II, Barbera ed., 1882.
- Marchegiani G., *Le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona nel quadro regolamentare della Banca europea degli investimenti*, in www.giustamm.it.
- Marcou G., *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. Dir. pubb. Eur.*, 2006, 21.
- Massera A., *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti M.P. - Greco G., Milano, 2007, 285.
- Merusi F., *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1970.

- Miele G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.
- Miele G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987.
- Narducci R., *I servizi pubblici a rilevanza economica possono essere ancora gestiti direttamente dall'ente locale?*, in *old.ancitoscana.it*.
- Nigro M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, (già in *Riv.Trim.dir.pubbl.* 1957) in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 376.
- Parisio V., *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, a cura di Parisio V., Milano, 2010, 107.
- Parisio V., *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione ed innovazione nel quadro della collaborazione pubblico-privato*, in *Giust. Civ.*, 1993, II, 495.
- Parisio V., *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367.
- Parisio V., *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione di servizi pubblici locali*, in *www.giustamm.it*, 2012.
- Perfetti L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2001, 479.
- Pericu G., *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu G., Romano A., Spagnuolo Vigorita V., Milano, 1995, 83.
- Pettinari C., *Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di Villata R., Torino, 2011, 385.
- Police A., *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di Mangiameli S., 2008, 469.

Pototschnig U., *Concessione ed appalto nei pubblici servizi*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 606 (originariamente pubblicato in *Jus*, 1955, 393 ss.).

Pototschnig U., *I pubblici servizi*, Milano, 1964.

Pugliatti S., *Abrogazione* (voce), in AA.VV., *Encicl. Dir.*, I, Milano, 1958.

Ramajoli M., *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario, autonomia e responsabilità degli Stati membri di fronte al disegno liberalizzatore comunitario*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu G., Romano A., Spagnuolo Vigorita V., Milano, 1995, 325.

Rancati D., *Requisiti generali nelle procedure di affidamento di appalti, concessioni e subappalti pubblici: il vademecum dell' autorità di vigilanza*, in *Azienditalia*, 2011, 4, 1.

Ranelletti O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, 7.

Ranelletti O., *Istituzioni di diritto pubblico: il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova-Milani, 1931.

Rizzo G., *La concessione di servizi*, Torino, 2012.

Romano A., *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu G., Romano A., Spagnuolo Vigorita V., Milano, 1995, 11.

Romano A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 478.

Romano S., *Diritto amministrativo*, Padova, 1930.

Romano S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, soc. ed. libraria, 1918.

Scoca F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. e gov. Loc.*, 1992, 12.

Scotti E., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in *I servizi pubblici locali* a cura di Mangiameli S., 2008, 29.

- Sempreviva M.T., *Gestione e affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Urb. app.*, 2012, 10, 1014.
- Sorace D., *I servizi <<pubblici>> economici nell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1.
- Sorace D.-Marzuoli C., voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1989.
- Sorrentino F., *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 8.
- Sorrentino F., *La Costituzione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti M.P. - Greco G., Milano, 2007, 31.
- Strozzi G., *Il sistema normativo*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti M.P. - Greco G., Milano, 2007, 172.
- Tesauro G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010.
- Tosato G.L., *Il trattato di Lisbona: una riforma completata?*, su www.astridonline.it.
- Trimarchi Banfi F., *Considerazioni sui <<nuovi>> servizi pubblici*, in *Riv.It.Dir.pubbl.Com.*, 2002, 945.
- Trimarchi Banfi F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, 2008, 1063.
- Trimarchi Banfi F., *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 3, 2.
- Valaguzza S., *Il conferimento della gestione di servizi pubblici in favore di società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di Villata R., Torino, 2011, 119.
- Valaguzza S., *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012.
- Villata R., *Pubblici servizi*, Milano, 2008.
- Virga P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972.

Volpe C., *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.

Zanobini G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Tratt. Orlando*, II, Milano, 1935, 235.